REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIII • Noviembre-Diciembre • Núm. 764

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 XCIII • Noviembre-Diciembre 2017 • Núm. 764

REVISTA BIMESTRAL

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

Dirección de la RCDI: Diego de León, 21.—28006 Madrid.—Tel. 91 270 17 62
www.revistacritica.es
revista.critica@corpme.es

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

Don Aurelio Menéndez Menéndez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Comisión ejecutiva

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

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Exdecano del Colegio de
Registradores de la Propiedad
y Mercantiles de España

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios
del Colegio de Registradores
de la Propiedad y Mercantiles de España

Consejero-Secretario de la Revista

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil
adscrito a la DGRN

Consejeros

Don Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Antonio Pau Pedrón
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don José Poveda Díaz
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Don Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Luis M.ª Cabello de los Cobos y Mancha
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Don Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Francisco Javier Gómez Gálligo
Registrador de la Propiedad y Mercantil adscrito a la DGRN

Don Juan María Díaz Fraile
Director del Servicio de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Fernando Pedro Méndez González
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Eugenio Rodríguez Cepeda
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Don Alfonso Candau Pérez
Exdecano del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

Don Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

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

Don Vicente Guilarte Gutiérrez
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

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

Don Guillermo Jiménez Sánchez
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Sevilla

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / *STUDIES*

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito» / *The consumer information right to know the cession or securitization of the credit* 2843

CUENA CASAS, Matilde: «Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario» / *Creditworthiness assessment and mortgage credit* 2871

ESTRADA ALONSO, Eduardo: «La cosa juzgada, la preclusión y la subsanación del título ejecutivo extrajudicial en los procedimientos de ejecución» / *Res iudicata, the termination and correction of extrajudicial enforcement instruments in enforcement proceedings* 2925

MILÀ RAFEL, Rosa: «Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*» / *Market contingencies, contractual risk and* rebus sic stantibus *doctrine* 2963

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

DOMÍNGUEZ REYES, Juan Faustino: «La segunda oportunidad de las personas físicas (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiara y otras medidas de orden social)» / *The second opportunity of physical persons (Law 25/2015, of July 28, of second opportunity mechanism, reduction of financial loans and other measures of social order)* 3017

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

SÁNCHEZ LINDE, Mario: «La atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores» / *The*

Págs.

preferential assignment of the marital housing to the non debtor spouse in the insolvency proceeding 3051

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

ALIAGA HUARIPATA, Luis Alberto y SILVA VILLAJUAN, Fredy Luis: «Apuntes sobre la Junta de propietarios, su acefalía y formas de solución en el Ordenamiento jurídico peruano» / *Notes on the board of owners, their acephalia and ways of solution in the Peruvian legal system* 3077

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..... 3093

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «Sobre el supuesto derecho al insulto a los políticos; Comentario a la Sentencia 97/17 del Juzgado de primera instancia núm. 3 de Marbella» / *On the supposed right to insult politicians; Commentary on Judgment 97/17 of the Court of First Instance n.º 3 from Marbella*, por Ramón HERRERA DE LAS HERAS..... 3165

1.2. Derecho de familia:

— «La protección de los menores en situación de desamparo» / *The protection of the minors in situation of abandonment*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 3176

1.3. Derechos reales:

— «La prenda de créditos como garantía mobiliaria hoy. Problemas jurídicos pendientes» / *The loan of credits*

Págs.

as a guarantee furniture today. Pending legal problems, por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ..... 3216

1.4. Sucesiones:

— «Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad» / *A review from the doctrine and jurisprudence of the make a will of people with the capacity judicially modified and with disabilities,* por Fernando CAROL ROSÉS ... 3242

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Consecuencias de la evaluación de solvencia del prestatario» / *Consequences of the assessment of creditworthiness of the borrower*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 3266

1.6. Responsabilidad civil:

— «La protección del núcleo familiar frente a las inmisiones (acciones civiles): legitimación de los cónyuges para reclamar y carácter de la posible indemnización (privativa o ganancial)» / *The protection of the family core in front of immigration (civil actions): legitimation of spouses to claim and character of possible indemnification (privative or donor)*, por Juan José NEVADO MONTERO 3282

1.7. Concursal:

— «La inscripción de actos registrables en la fase de convenio del concurso de acreedores» / *Recordation of recordable acts during the negotiation stage of insolvency proceedings*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS... 3303

2. MERCANTIL:

— «La adquisición de capital social del concesionario público, ¿un supuesto de cesión contractual a los efectos de autorización administrativa?» / *Does acquiring equity in a public concession holder equate to contract transfer for administrative authorization purposes?*, por Francisco REDONDO TRIGO 3327

Págs.

3. URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.

— «La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad» / *The extension of the disposal prohibitions over new planning contents of the property rights*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN..... 3345

4. DERECHO BANCARIO:

— «Análisis de la capacidad, régimen regulatorio y concursal de las operaciones de derivados concertadas por las SOCIMIs» / *Analysis of the capacity, regulatory regime and bankruptcy regime of derivative transactions entered into by SOCIMIs*, por Ignacio RAMOS VILLAR.. 3355

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades..... 3383

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Principales reformas del Derecho mercantil», de AA.VV., por Santiago ARAGONÉS SEIJO..... 3387

«Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales», de Natalia HERMOSO DE MENA, por Pedro Manuel QUESADA LÓPEZ..... 3391

ESTUDIOS

El derecho de información del consumidor a conocer la cesión o titulización del crédito*

The consumer information right to know the cession or securitization of the credit

por

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Granada

RESUMEN: Se examina en el presente trabajo el eventual derecho del consumidor a ser informado de la cesión o titulización de un crédito aun cuando, con carácter general, el Ordenamiento jurídico prevé solo su notificación. Existen algunas propuestas en este sentido y el artículo 31.2 de la Ley de Crédito al Consumo que contempla el derecho de información a conocer la cesión.

ABSTRACT: This paper examines the possible consumer's right to be informed of the cession or securitization of a credit even though, in general, the legal system provides only for its notification. There are some proposals in this sense and the art. 31.2 of the Consumer Credit Law contemplates the right of information to know the assignment.

* El trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER2013-48813-C2-1-P, «Estudio transversal de los préstamos hipotecarios», del que soy el investigador principal.

PALABRAS CLAVE: Cesión del crédito. Titulización del crédito. Notificación de la cesión del crédito. Derecho de información. Transparencia bancaria. Crédito al consumo.

KEY WORDS: Cession of credit. Securitization of credit. Credit's cession notification. Right to information. Bank transparency. Consumer credit.

SUMARIO: I. LA FALTA DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE OTROS CRÉDITOS.—II. DE LA FACULTAD DE NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS AL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LAS RELACIONES CON CONSUMIDORES: 1. La facultad de notificación de la cesión de créditos. 2. El derecho básico de información al consumidor de la cesión de créditos. Su necesario desarrollo normativo. 3. La renuncia del deudor consumidor cedido a la notificación/información de la cesión de créditos.—III. LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS: 1. Significado, regulación legal y supuestos de titulización de créditos. 2. El inexistente derecho de información del deudor de la titulización del crédito. 3. La insuficiencia de información por parte de las sociedades gestoras de los fondos de titulización. 4. La Proposición de Ley del partido Podemos al Parlamento andaluz.—IV. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA CESIÓN Y LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS: 1. ¿Es necesario un derecho de información a favor del consumidor sobre la cesión y la titulización de créditos? 2. ¿Quién debe informar? 3. Medios para poner en conocimiento la información. 4 El plazo para la información. 5. El contenido de la información. 6 ¿Cómo afecta la información de la titulización del crédito en la reclamación de la cantidad debida al deudor cedido?—V. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* DE UN DERECHO GENERAL DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR SOBRE LA CESIÓN Y LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA FALTA DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS Y DE OTROS CRÉDITOS

Desde hace ya tiempo se viene denunciando por los consumidores, tanto a título individual como por las asociaciones, la negativa por parte de las entidades bancarias de informar sobre la titulización de créditos hipotecarios y de otros créditos. El Ordenamiento jurídico no contempla el derecho de los consumidores y menos aún una obligación de las entidades bancarias de informar sobre estas cesiones de créditos. Las entidades bancarias cedentes pueden, si quieren, poner en conocimiento del consumidor la titulización de su crédito, pero no están

obligados a ello. Mientras a las entidades bancarias cedentes les puede resultar indiferente dar a conocer la titulización de un crédito concedido, principalmente porque la relación crediticia sigue siendo la misma con el cliente bancario, los deudores cedidos pueden esgrimir que deberían ser informados en cualquier caso de la titulización del crédito y saber cuál es la sociedad gestora, aunque, en principio, no les aporta ninguna ventaja especial y tampoco ningún perjuico que el crédito haya sido transmitido a un fondo patrimonial, ni tampoco cuando se hayan emitido bonos titulizados a favor de terceros.

No obstante, por razones diversas, miles de deudores hipotecarios —la mayoría de ellos consumidores— se han dirigido a las entidades bancarias para preguntar si su crédito hipotecario ha sido titulizado, sin encontrar siempre una respuesta, a veces porque su escritura de préstamo hipotecario contiene una cláusula de renuncia a la información en caso de cesión del crédito hipotecario, y otras por desidia o rechazo expreso de los interpelados. Ante las frecuentes negativas por parte de las entidades bancarias de informar sobre la titulización de créditos hipotecarios, los clientes se han visto obligados a dirigirse al Banco de España y a la Comisión Nacional de Mercado de Valores.

La respuesta por el Banco de España ha sido negativa porque entiende que «de conformidad con la Ley 19/1992, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulización hipotecaria, la titulización de un préstamo supone que la entidad que lo concedió deja de ser la acreedora del préstamo, aunque conserve por Ley la titularidad registral y siga manteniendo, salvo pacto en contrario, su administración. Por otra parte, de la normativa aplicable a la titulización de préstamos no se desprende que los deudores tengan que ser informados en ningún momento, ni de la incorporación, ni de la baja de sus préstamos a un fondo de titulización»[1].

La Comisión Nacional de Mercado de Valores, por su parte, en una Comunicación de 20 de octubre de 2015, ante las reiteradas peticiones de deudores hipotecarios, contestó que su sistema informático no está adaptado a este tipo de información, aconsejándoles que se dirijan a las sociedades gestoras de los fondos de titulización.

Para los consumidores puede resultar ser un camino tortuoso intentando obtener la información de las sociedades gestoras cuando ni siquiera tienen conocimiento en qué fondo figura el crédito titulizado.

Solo por esta razón, en aras de una mayor transparencia en el mercado hipotecario, sería deseable que los clientes bancarios fuesen informados de la titulización del crédito para saber quién es el acreedor (el banco cedente o el cesionario, o ambos) y poder hacer valer, en su caso, sus derechos (p. e., en caso de que el crédito titulizado sea litigioso).

La falta de transparencia que se está observando al menos en cuanto a la actitud de entidades bancarias con sus clientes, ha llevado al partido Podemos a presentar en el mes de marzo del presente año una Proposición de Ley al

Parlamento andaluz con el título «De información a los consumidores y consumidoras sobre titulización de préstamos hipotecarios y de otro tipo», con el objetivo de ahondar en la protección de los consumidores que otorga la Ley andaluza 13/2003, de 17 de octubre. Esta Proposición de Ley, de aprobarse, ampliaría el abanico de normas más específicas de protección de los consumidores en Andalucía, como la Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda[2].

Es una propuesta interesante, valiente, aunque seguramente de poco recorrido legislativo, que al menos nos debería hacer reflexionar por si es oportuna recomendarla a nivel nacional por la falta de una cobertura legal sobre la información de las entidades bancarias al menos a los consumidores cuando los créditos concedidos son objeto de titulización. En lugar de una regulación exclusivamente administrativa, como sería la ley andaluza en caso de aprobarse, podría ser objeto de una regulación estatal, de contenido, además, sustantivo.

Incluso se podría dar un paso más. El derecho básico de información de los consumidores a ser informados sobre diferentes bienes y servicios, al que se refiere el artículo 8, letra d, TRLGDCU, no tiene ninguna fuerza jurídica cuando la entidad bancaria cede un crédito a un tercero si no está desarrollado este derecho en una normativa específica. Al menos viene contemplada la preceptiva información de la cesión del crédito al consumo al deudor en el artículo 31.2 Ley de Crédito al Consumo (LCC). Y en la revisión del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (se he manejado el texto del mes de marzo de 2017; el último texto de 31 de octubre antes de su aprobación por el Gobierno mantiene la misma disposición) se incorpora en la DA 4.ª, párrafo segundo, un supuesto específico de información no solo a favor del consumidor sobre la documentación precontractual en caso de la cesión de un crédito inmobiliario.

II. DE LA FACULTAD DE NOTIFICACIÓN DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS AL DERECHO DE INFORMACIÓN EN LAS RELACIONES CON CONSUMIDORES

1. La facultad de notificación de la cesión de créditos

Con carácter general, el artículo 1527 del Código Civil contempla expresamente la puesta en conocimiento de la cesión al deudor cedido. Establece la norma que «el deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación». La norma es aplicación de la doctrina de la apariencia[3]. La puesta en conocimiento del deudor de la cesión presupone la notificación a él de la transmisión del crédito del acreedor a un tercero. No cabe derivar de la norma ninguna conclusión de considerar que la notificación sea un

requisito para la validez y eficacia de la cesión del crédito[4, 5, 6]. El Código Civil no se ha preocupado por determinar la forma ni el plazo y tampoco el contenido de la notificación, como tampoco quién debe notificar al deudor cedido la cesión del crédito, rigiendo total libertad para el notificante[7]. En todo caso, la notificación es oportuna para la oponibilidad de la cesión del crédito al deudor cedido[8].

En los términos en que está redactado el artículo 1527 del Código Civil, al no ser exigible la puesta en conocimiento, es perfectamente válida la cláusula negociada de renuncia a la notificación de la cesión del crédito.

A las mismas conclusiones se debe llegar para el caso de que la cesión sea un crédito hipotecario atendiendo al contenido del artículo 149 LH (cfr. también los arts. 151 LH, 172 y 243 RH)[9], no siendo siquiera necesaria la notificación como presupuesto para su inscripción en el Registro de la Propiedad (así, RDGRN de 18 de octubre de 2000, *RJ* 10229).

Cuando se trata de créditos mercantiles no endosables ni al portador, según el artículo 347 CCom, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a este. La ratio del artículo 347 Ccom es la misma que la del artículo 1527 del Código Civil, aun cuando utiliza el verbo «bastar», siendo la notificación solo un remedio para que el deudor sepa a quién tiene que pagar, quedando liberado del pago cuando satisfaga el crédito al acreedor originario en caso de desconocimiento de la cesión.

Después de esta relación de normas generales que se ocupan de la puesta en conocimiento de la cesión de créditos al deudor cedido, no cabe llegar a otra conclusión de que el deudor cedido no tiene un derecho a ser informado de la operación crediticia. La razón principal es que el crédito, como título que es, puede ser objeto de cualquier transmisión —onerosa y gratuita— por parte de su titular, sin que pueda interferir el deudor cedido, cuya protección se limita principalmente a su liberación del pago hecho al acreedor originario en el caso de que desconozca la cesión. También podría oponer al nuevo acreedor las excepciones del crédito cedido (el Código Civil carece de una norma específica a tal efecto)[10].

Sin fisura alguna, esta ha sido también la postura de la jurisprudencia (entre otras, las SSTS de 21 de marzo de 2002, 11 de julio de 2005, 26 de marzo de 2007 —*RJ* 2526, 5009, 2347—). En la jurisprudencia menor, alguna Audiencia ha llegar a considerar que la notificación es una exigencia legal no solo como requisito de la eficacia de la cesión del crédito sino en aras de la protección del deudor cedido (así, la SAP Tarragona, Sección 1.ª, 24 de febrero de 1993)[11].

Una regla distinta rige, sin embargo, cuando el deudor cedido sea la Administración pública. En este caso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 218 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre[12], es necesaria la notificación de la cesión, además, de forma fehaciente para que la cesión pro-

duzca efectos. En el fondo, la solución no varía con respecto al artículo 1527 del Código Civil porque si la Administración paga, no habiendo tenido lugar la notificación fehaciente, se libera del cumplimiento (*vid.* SAP La Rioja, Sección 1.ª, 16 de septiembre de 2016, *AC* 2016, 2273).

2. El derecho básico de información al consumidor de la cesión de créditos. Su necesario desarrollo normativo

El TRLGDCU contiene en el artículo 8 una lista de derechos básicos del consumidor, entre los cuales figura (letra d) «la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios… para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute». El crédito es un bien cuya cesión otorga al deudor cedido que sea consumidor un derecho básico a tener conocimiento de la misma para su «adecuado uso»… No es sencillo hacer valer este derecho básico —que es un derecho de información— cuando no está desarrollado en normas más específicas, como sucede cuando se trata de la cesión de créditos. Los derechos básicos del artículo 8 no son más que eso, sin contenido propio al no venir acompañados de una regulación específica. De ahí, su discutida naturaleza jurídica (derechos pragmáticos, principios generales, derechos sustantivos y derechos instrumentales…) que, para ser eficaces, requieren un desarrollo normativo.

Salvo que lo contemple alguna normativa específica, el artículo 8, letra d, TRLGDCU no constituye fundamento legal suficiente para que el consumidor pueda exigir que el cedente dé a conocer la cesión del crédito, si bien la información forma parte de la lealtad que debe tener el acreedor con el deudor. En todo caso, el artículo 8, letra d, TRLGDCU puede invocarse al menos en las reclamaciones que hagan los consumidores ante los organismos que velan por sus intereses[13].

En la LCC, el artículo 31.2 al menos se refiere expresamente a la información de la cesión del crédito al consumo: «Se informará al consumidor de la cesión…, excepto cuando el prestamista original, de acuerdo con el nuevo titular, siga prestando los servicios relativos al crédito al consumidor». No está muy claro si se trata de un verdadero deber o de una carga. La norma no determina el plazo máximo para poner en conocimiento, ni tampoco quién debe poner en conocimiento la cesión, ni cuál debe ser el contenido de la información. Siendo la LCC una ley imperativa, no cabe la renuncia a la información de la cesión (cfr. art. 5 LCC). Por expresa admisión legal, no es necesaria, sin embargo, la información cuando quien sigue gestionando el crédito es la entidad financiera o comercial cedente. La información al consumidor de la cesión del crédito de consumo es un novedad, introducida por la necesaria transposición del artículo 17.2 de la Directiva 2008/48/CE. La razón de esta novedad comunitaria —que no está muy fundamentada— se explica en el Considerando 41: «La cesión de

los derechos del prestamista derivados de un contrato de crédito no debe debilitar la posición del consumidor. Sería conveniente que el consumidor fuera también debidamente informado en caso de cesión a un tercero del contrato de crédito. Sin embargo, cuando el prestamista inicial, de común acuerdo con el nuevo titular, siga actuando como prestamista frente al consumidor, la información sobre la cesión no tiene especial interés para el consumidor. Por consiguiente, en tales casos sería excesivo exigir a nivel comunitario que el consumidor sea informado de la cesión». La Directiva no explica por qué la posición del consumidor puede quedar debilitada, ni tampoco justifica la conveniencia de que el consumidor fuese informado de la cesión del crédito. Afirmaciones de este tipo, si no están debidamente fundamentados, no deberían incluirse en un Considerando, habida cuenta de su valor *cuasi* normativo.

3. La renuncia del deudor consumidor cedido a la notificación/información de la cesión de créditos

Es en las relaciones de consumo donde cabe cuestionar la validez de la renuncia a la información de la cesión de créditos. La LCC no permite la renuncia de acuerdo con el artículo 31.2 en relación con el artículo 5, siendo nula la cláusula de renuncia a la información de la cesión de crédito, incluso la que sea negociada. Para una mayor transparencia, el consumidor debería saber, como precisa el artículo 31.2 LCC, que el acreedor cedente mantiene la gestión del crédito cuando así se ha establecido en el contrato de cesión. En otros supuestos, la renuncia a la información podría ser válida si es negociada de acuerdo con el régimen general de la cesión de créditos[14]. Como no hay ninguna obligación de notificar la cesión de crédito al deudor cedido, cabe la renuncia expresa a la notificación. Ni siquiera el artículo 8, letra d, TRLGDGU se interpone en el camino para admitir este tipo de cláusula cuando haya sido negociada entre la entidad financiera o comercial y el consumidor.

Distinta puede ser la solución cuando la renuncia se haya insertado en el contrato de crédito sin ninguna negociación previa[15].

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la renuncia a la notificación de la cesión del contrato de crédito, concretamente en la Sentencia de 16 de diciembre de 2009 (fundamento de derecho decimocuarto)[16, 17, 18, 19]. La cláusula objeto de examen tiene el siguiente tenor literal: «En caso de cesión del préstamo por la entidad el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste». Sorprende que la entidad bancaria reconozca al prestatario el derecho de notificación de la cesión cuando no hay ninguna norma general que obligue a ello. Ahora bien, si lo que se entiende es que la cláusula de renuncia tiene por objeto la no notificación de la cesión del contrato de préstamo, en este caso, como viene exigido por la doctrina y la jurisprudencia, se requiere el

consentimiento del consumidor, no bastando la mera notificación de la cesión del contrato[20]. Para el TS se trata, efectivamente, de una cláusula referida a la cesión del contrato de préstamo a cuya notificación renuncia el consumidor. En realidad, con esta cláusula la entidad financiera pretende liberarse del consentimiento del consumidor, que, sin embargo, es un requisito para la validez y eficacia de la cesión del contrato de crédito. Para el TS es una cláusula abusiva por traspasar los límites que establecen los entonces vigentes apartados 11 y 14 de la DA 1.ª Seis LGDCU (actualmente, los arts. 86.4 y 86.7 TRLGDCU)[21]. Difícil encaje tiene la cláusula en la DA 1.ª Seis 11 que declara abusivas las cláusulas que priven o restrinjan las facultades del consumidor de compensar los créditos, de retenerlos o consignarlos. Excesivamente genérica es la DA 1.ª Seis 14 que solo determina el carácter abusivo de cláusulas que impongan renuncias o limiten los derechos de los consumidores. Para declarar el carácter abusivo de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión del contrato de crédito habría que tener en cuenta la cláusula general de buena fe, contenida en el artículo 10 bis 1 LGDCU (art. 82.1 TRLGDCU), como parece dar a entender el TS al citar expresamente esta disposición. Efectivamente, la cláusula es abusiva porque restringe claramente un derecho tan fundamental como es el de dar el consentimiento a la cesión de un contrato, siendo claramente lesivo para sus intereses, por lo que es contrario a la buena fe.

Esta misma doctrina, dice el TS, es aplicable a la cesión del crédito hipotecario (arts. 149 y 151 LH)[22], aun cuando el artículo 242 RH permite expresamente la renuncia del deudor hipotecario a la notificación, ya que esta norma debe ceder a la normativa especial del Derecho de los consumidores, siendo nula por abusiva la cláusula porque es contraria a la cláusula general de buena fe del artículo 10 bis 1. LGDCU (art. 82.1 TRLGDCU)[23]. No explica el TS por qué la cláusula de renuncia de la notificación de la cesión del crédito hipotecario es contraria a la cláusula general de buena fe, pero atendiendo a los argumentos anteriores el carácter abusivo deviene de la merma o limitación de los derechos del deudor hipotecario cedido, pudiéndole causar un perjuicio la renuncia impuesta por la entidad financiera o comercial (en realidad, el TS se apoya, de nuevo, en los límites que fijan los apartados 11 y 14 de la DA Seis 1.ª LGDCU entonces vigentes (arts. 86.4 y 86.7 TRLGDCU).

A las mismas consideraciones se puede llegar, con la citada Sentencia, cuando se trata de otros créditos que se cedan imponiendo al deudor cedido, previa disposición por la entidad financiera, la renuncia a la notificación de la cesión del crédito.

No obstante, tengo alguna duda del carácter abusivo de las cláusulas de renuncia a la notificación de la cesión del crédito —predispuestas e impuestas— porque, a diferencia de la cláusula de renuncia a la notificación de la cesión del contrato de crédito, mediante esta cláusula no se priva ni se limita al consumidor de ningún derecho, ni causa un perjuicio real a él. Distinto sería

si fuese un derecho reconocido por ley (como, p. e., en la LCC), pero no es el caso examinado en la referida Sentencia. Por tanto, no debería haberse aplicado la cláusula general de buena fe, porque no se produce ningún desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato de crédito, y tampoco cabe entender que hay renuncia o limitación donde no hay un derecho subjetivo, esto es, el derecho de información de la cesión del crédito. En todo caso, la cláusula podría significar una limitación de las excepciones —pero solo de algunas— en perjuicio del deudor cedido, lo que podría justificar el carácter abusivo de la cláusula[24, 25].

III. LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS

1. Significado, regulación legal y supuestos de titulización de créditos

El término «titulización» —que no existe en castellano— viene acuñado por primera vez en la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Regulación de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria[26]. Se puede discutir sobre si la titulización es el término más adecuado, al menos entonces, pero lo cierto es que se ha impuesto en nuestro Ordenamiento jurídico[27]. Una definición descriptiva de la titulización podría ser la siguiente: «Es la conversión de determinados activos de una entidad en valores, los cuales son vendidos a un tercero, basando su rentabilidad en los flujos de caja de los mencionados activos o, simplemente, respecto a la titulización, es la movilización de préstamos a través de su conversión en valores con el fin de obtener recursos líquidos para seguir prestando»[28]. La titulización de créditos puede referirse a otros créditos financiados que no sean solo los préstamos hipotecarios, cualesquiera que sean los deudores.

La principal normativa que regula la titulización de créditos es la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de financiación empresarial, cuyo título III regula el régimen jurídico de las titulizaciones[29]. Es en el capítulo I donde se establecen las normas principales para la titulización de créditos. Con posterioridad, se ha dictado la Circular 2/2016, de 20 de abril, de la Comisión Nacional de Mercado de Valores[30]. Sigue aún vigente la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario[31].

No todos los créditos financiados pueden ser objeto de titulización, sino solo aquellos que vienen mencionados en el artículo 16.1 de la Ley 5/2015, en concreto: a) Derechos de crédito que figuren en el activo del cedente. Se entenderán incluidas en esta letra las participaciones hipotecarias que correspondan a préstamos que reúnan los requisitos establecidos en la sección segunda de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, así como los certificados de transmisión de hipoteca. Los valores emitidos por

fondos de titulización que integren en su activo participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria tendrán la consideración de títulos hipotecarios de la citada Ley 2/1981, de 25 de marzo. b) Derechos de crédito futuros que constituyan ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, y cuya transmisión se formalice contractualmente de modo que quede probada de forma inequívoca y fehaciente, la cesión de la titularidad. Se entenderá que son derechos de crédito futuros: 1.º El derecho del concesionario al cobro del peaje de autopistas, atendiendo a las reglas especiales en cuanto a la autorización administrativa pertinente y al régimen jurídico aplicable a la concesión. 2.º Los restantes derechos de naturaleza análoga a los anteriores que se determinen por circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2. El inexistente derecho de información del deudor de la titulización del crédito

La principal regulación de la títulización del crédito, la Ley 5/2015, no contempla el derecho de información del deudor cedido cuando el crédito haya sido titulizado. Habrá que estar, pues, a la normativa general de la cesión del crédito, según la cual no es preceptivo poner en conocimiento del deudor cedido la titulización del crédito (arts. 1527 del Código Civil y 347 Ccom). No cabe llegar tampoco a otra conclusión cuando el deudor cedido sea un consumidor, ya que el artículo 8, letra d, TRLGDCU solo se refiere al derecho de información como un derecho básico, que, para su concreción, necesita, como ya se ha argumentado, de un desarrollo normativo, sin perjuicio de su protección ante una cláusula no negociada de renuncia a la notificación de la titulización del crédito por ser abusiva (lo apunta también la SAP Madrid, Sección 13.ª, 11 de mayo de 2005 —*AC* 2005, 835— que después dio lugar a los recursos de casación resueltos en la citada STS de 16 de diciembre de 2009). En todo caso, la entidad financiera debería cumplir con artículo 8.1 OM EHA/2899/2011, al ser la titiluzación un hecho relevante del cual se debería informar.

3. La insuficiencia de información por parte de las sociedades gestoras de los fondos de titulización

El artículo 34.1 de la Ley 5/2015 obliga a las sociedades gestoras de fondos de titulización a publicar en su página web: a) La escritura de constitución y, en su caso, las demás escrituras públicas otorgadas con posterioridad, b) el folleto de emisión y, en su caso, sus suplementos, y c) el informe anual y los informes trimestrales. Esta obligación legal está pensada para que el Banco de España y la CNMV puedan ejercer un control sobre las sociedades gestoras de los fondos

de titulización. Para el deudor poco le sirve esta página web, en primer lugar, porque desconoce totalmente quién puede ser la sociedad gestora en caso de que el crédito cedido haya sido titulizado y en qué momento ha sido titulizado, y aun conociendo la sociedad gestora y el momento de la titulización, la praxis diaria demuestra el camino tortuoso de cualquier deudor a la hora de querer identificar el crédito titulizado. Esta situación se agrava cuando el deudor es un consumidor o un pequeño empresario o profesional. Por ello, en aras de una mayor transparencia bancaria, se les debería facilitar la información exigiéndola a las sociedades gestoras mediante una norma específica.

4. La Proposición de Ley del partido Podemos al Parlamento andaluz

Con fecha de 4 de abril de 2017, el partido Podemos ha presentado en el Parlamento andaluz una Proposición de Ley de Información a los consumidores y consumidoras sobre la Titulización de Préstamos Hipotecarios y de otro tipo. Se trata de una Proposición muy concreta en cumplimiento de los artículos 51 CE y 58.2.4.º del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Andalucía y para el desarrollo de la Ley andaluza 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios (en particular, los arts. 3 d, 4.5, 4.7 y 17.2).

Se justifica esta Proposición en su Exposición de Motivos porque el consumidor «debe saber quién es el sujeto que ocupa la otra parte de una relación contractual financiera…». «El crédito, que para el prestamista se materializa en su derecho a cobrar lo prestado, puede transmitirse con facilidad y no solo a otras personas, físicas o jurídicas, sino incluso a entes sin personalidad jurídica, como son los fondos de titulización, de los cuales uno de los tipos más importantes y mejor regulados en nuestro ordenamiento son los fondos de titulización hipotecaria».

Se relata en la Exposición de Motivos que «en la práctica comercial y mercantil, estos patrimonios separados han sido los grandes receptores de la cesión y venta de los créditos contratados con las personas consumidoras, como un mecanismo legítimo mediante el cual las entidades financieras consiguen liquidez en los mercados, evitando tener que recurrir a ampliaciones de capital, como dicen las mismas leyes que los regulan. El rasgo principal de las cesiones o ventas de los créditos es que, mediante dichas operaciones, se transmite la titularidad sustantiva de la posición de acreedor de la correspondiente deuda y, por tanto, el derecho material de cobro, sin que en principio dicha transmisión tenga efectos sobre el consumidor a la hora de satisfacer y dar cumplimiento a su obligación de pago y devolución del préstamo, pero teniendo importantes efectos en una hipotética reclamación a ese mismo deudor en los casos de incumplimiento de dicha obligación por parte de quien es el legítimo y auténtico acreedor».

Más adelante, en la Exposición de Motivos se hace ver que «las dificultades con que las personas consumidoras se encuentran a la hora de averiguar si su crédito ha sido o no objeto de transmisión son enormes. Desde el punto de vista práctico, las cesiones de los créditos en los que la parte deudora es consumidora se producen a favor de fondos de titulización y deben recogerse en escrituras públicas notariales, que incluyen en sus anexos, de manera armonizada, multitud de préstamos identificados solo por códigos alfanuméricos. A veces se recogen decenas de miles de créditos en una sola escritura, agrupados de manera aleatoria y sin posibilidad de análisis, búsqueda o identificación de un crédito en concreto». Una situación que no desconocen el Banco de España y la CNMV según se relata en la Exposición de Motivos.

Esta falta de transparencia de este tipo de operaciones crediticias se quiere suplir, a instancia del partido parlamentario Podemos, mediante esta Proposición de Ley, la cual contiene seis artículos (definición del consumidor y de los créditos titulizados[32], información sobre la cesión de créditos a fondos de titulización, plazo de comunicación de la cesión, contenido de la información, control e inspección de las obligaciones de información, régimen sancionador), una disposición transitoria y una disposición final (entrada en vigor de la ley).

La Proposición de Ley articula no solo un derecho de información a favor del consumidor sobre la titulización del crédito sino también un deber por parte de las entidades cedentes de comunicar la titulización del crédito, fijando, al mismo tiempo, determinadas reglas concernientes al plazo de comunicación y el contenido de la información. En definitiva, lo que es un derecho para el consumidor se convierte en deber de la entidad financiera, cuyo incumplimiento puede ser objeto de una sanción administrativa por parte de las autoridades andaluzas competentes.

Con fecha de 9 de mayo de 2017, el Consejo de Gobierno manifiesta su criterio contrario respecto a la toma en consideración de la Proposición de Ley del partido Podemos. A juicio del Consejo de Gobierno, la materia que se propone legislar ya ha sido objeto de regulación en la DA Tercera, en particular el apartado segundo, de la Ley 3/2016, «de tal modo que la aprobación de la misma supondría la regulación de una materia por dos normas con rango de ley que, además, resultarían contradictorias entre sí en algunas cuestiones, como en el establecimiento de plazos diferentes para una misma obligación de información, puesto que la Ley 3/2016, de 9 de junio, dispone un plazo de 10 días hábiles y la Proposición de Ley de 5 días hábiles.

La regulación contemplada en la disposición adicional tercera de la Ley 3/2016, de 9 de junio, es menos pormenorizada que la prevista en la Proposición de Ley, que contiene varios artículos, pero es, a la vez, más general, dado que abarca no solo a la cesión del préstamo o crédito, debido a la titulización y transmisión de la totalidad de los títulos, sino a la cesión o transmisión del

préstamo o crédito que haya podido tener lugar por cualquier otro negocio jurídico, casos en los cuales el consumidor tiene igual derecho de información para conocer cuál es su acreedor. Igualmente, en cuanto al contenido de la información sobre la cesión de créditos a fondos de titulización, siendo la establecida en el apartado 2 de la referida disposición adicional menos exhaustiva que la establecida en el Proposición de Ley, la finalidad es la misma, que no es otra que la completa identificación del acreedor hipotecario, siendo en el desarrollo reglamentario cuando se procederá a establecer dicha regulación pormenorizada.

Además, la Ley 3/2016, de 9 de junio, prevé que la información ha de facilitarse no solo al deudor hipotecario, sino también al garante, en el caso de que exista, por lo que el ámbito subjetivo de protección es mayor que el previsto en la Proposición de Ley, que solo contempla la información que se ha de facilitar a la persona prestataria.

Por otra parte, la Ley 3/2016, de 9 de junio, es de aplicación a las empresas prestamistas, considerando como tales, según su artículo 4.c), a cualquiera de las entidades de crédito enumeradas en el artículo 1.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a toda persona física o jurídica que, no siendo entidad de crédito, realice, de manera profesional, una actividad consistente en la concesión de préstamos hipotecarios sobre una vivienda, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.a) 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. La Proposición de Ley solo obliga a las entidades bajo supervisión del Banco de España, con lo que también es más limitada en este aspecto.

En la Proposición de Ley se está regulando la obligación de información al consumidor en el caso de transmisión de préstamos tanto hipotecarios como no hipotecarios sin tener en cuenta que los requisitos que haya establecido la normativa reguladora de estos últimos pueden ser muy distintos de la de aquellos.

Además, la problemática social que en la práctica se está produciendo atañe a la titulización de los préstamos y créditos hipotecarios, y no a otros productos financieros, por lo que es cuestionable que sea necesario establecer en una misma norma la regulación de productos de distinta naturaleza.

En relación con el control e inspección de las obligaciones de información previstas en la Proposición de Ley, una previsión similar también está contemplada en la disposición final primera de la Ley 3/2016, de 9 de junio.

Por último, en cuanto al régimen sancionador, el artículo 20 de la Ley 3/2016, de 9 de junio, ya establece el régimen aplicable a esta materia».

Aunque ciertamente, la DA 3ª de la Ley 3/2016 impone a la empresa prestamista la obligación de informar al consumidor en caso de transmisión del préstamo hipotecario de este hecho, y por tanto de la cesión del crédito hipotecario, no contempla otros supuestos de cesión y titulización de créditos. Al margen

de las diferencias entre el apartado segundo de la DA 3º de la Ley 3/2016 y la Proposición de Ley, que son perfectamente corregibles, esta avanza más en la protección de los consumidores.

IV. EL DERECHO DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR DE LA CESIÓN Y LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS

1. ¿Es necesario un derecho de información a favor del consumidor sobre la cesión y la titulización de créditos?

Hemos podido constatar que, salvo el artículo 31.2 LCC, el Derecho de los consumidores no contempla el derecho de información del consumidor sobre la cesión de créditos y la titulización de créditos. Rigen, por tanto, las normas generales reguladoras de la cesión de créditos, las cuales se refieren a la notificación de la cesión de créditos, pero no conceden al deudor cedido un derecho de información sobre la transmisión entre el cedente y el cesionario. En principio, se puede considerar que tampoco es necesario ya que el deudor que paga al cedente sin saber que su crédito ha sido cedido se libera del cumplimiento de su obligación (art. 1257 del Código Civil). Sin embargo, la Directiva 2008/48/CE ha considerado necesario exigir mediante mandato imperativo el derecho de información de la cesión del crédito al consumo porque de lo contrario, según la misma, se debilita la posición del consumidor y, además, es conveniente tratándose del consumidor.

Para justificar el derecho de información del consumidor de la cesión y de la titulización de créditos podríamos invocar, en primer lugar, la transparencia que se requiere al menos en la contratación bancaria. El prestatario-consumidor debería saber *per se* cualquier cambio que se produzca respecto al crédito que debe, siendo, en palabras del artículo 8.1 OM EHA/2899/2011, un hecho de información relevante. El artículo 8, letra d, TRLGDCU no tiene, por otra parte, ninguna trascendencia directa aun cuando proclama el derecho básico del consumidor a ser informado de los bienes y servicios que prestan las empresas. Si el artículo 31.2 LCC contempla el derecho de información sobre la cesión de créditos, este mismo derecho se debería tener en otras cesiones de créditos (p. e., cesión de crédito inmobiliario, titulización de créditos).

El desconocimiento del consumidor de la cesión de un crédito, ¿debilita su posición jurídica frente al cedente o al cesionario, como argumenta la Directiva 2008/48/CE?[33]. En realidad, la pregunta correcta es si el deudor cedido queda perjudicado si no tiene conocimiento de la cesión del crédito. Como regla general, la cesión del crédito no significa, en principio, un empeoramiento de la posición jurídica del deudor cedido[34]. Desde luego, el deudor cedido no puede ser perjudicado por la cesión del crédito. Todas las excepciones (materiales y proce-

sales) que el deudor cedido puede oponer al cedente las puede oponer también al cesionario. El pago o cualquier subrogado de cumplimiento que hubiera tenido lugar pueden ser alegados por el deudor cedido frente al cesionario. En la cesión de un crédito litigioso, el deudor puede ejercitar el derecho de retracto dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago (art. 1535 del Código Civil). Lo interesante de esta opción es la importante reducción del precio del crédito que puede permitir al deudor adquirirlo y enervar en algunos casos la posible ejecución del mismo, pero, además, su uso puede servir para evitar, en alguna medida, la especulación a la que se ven abocados los créditos de familias, de consumidores, y que se convierten en gestiones abusivas de los mismos con el fin de facilitar esa especulación[35]. ¿Puede, no obstante, verse perjudicado el deudor por una cesión de crédito?[36, 37]. La ocultación de datos de la cesión del crédito o de la cesión misma puede impedir al deudor oponer determinadas excepciones que traigan causa del propio contrato de cesión (p. e., la compensación de créditos, renuncia del crédito, cesión parcial del crédito…). Son supuestos excepcionales que quizá no justifican por si solo un derecho de información. Menos claro se ve el perjuicio que pueda causar al deudor la titulización de créditos porque el fondo de créditos titulizados no tiene personalidad jurídica, por lo que, en principio, sigue siendo titular del crédito titulizado la entidad bancaria cedente.

A pesar de estas objeciones, el legislador podría plantearse la regulación del derecho de información del consumidor en las cesiones de créditos, al menos en el ámbito bancario en aras de la transparencia bancaria. Precisamente es en el sector financiero donde el consumidor es un sujeto muy vulnerable, por lo que necesita una mayor protección (cfr. Res. del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre el refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables)[38]. Si ya se contempla en el artículo 31.2 LCC, podría extenderse a otros créditos (créditos inmobiliarios, créditos titulizados). La propia normativa bancaria ya lo apunta en los artículos 8 y 11 OM EHA/2899/2011. También son significativas la Proposición de Ley andaluza sobre la información de la titulización de créditos y la DA 4.ª, párrafo segundo, del texto revisado del Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario[39].

2. ¿Quién debe informar?

Entre las diversas normas civiles, mercantiles y registrales que regulan la cesión del crédito, no se precisa a quién le corresponde notificar/informar la transmisión, por lo que tanto el cedente como el cesionario pueden dirigirse a estos efectos al deudor cedido. La doctrina está dividida, siendo la mayoría quienes defienden que la notificación corresponde al cesionario ya que es el nuevo acreedor frente al deudor cedido, siendo, por otra parte, el más interesado en que aquel

conozca la transmisión, pero también se puede argumentar que el cedente tiene interés en que el deudor cedido sepa a quién tiene que satisfacer el crédito[40, 41].

Cuando el deudor cedido es un consumidor debería haber una norma, en aras de una mayor transparencia, que precise a quién le corresponde informar de la cesión del crédito, especialmente en el ámbito bancario. Resulta llamativo que el artículo 31.2 LCC no lo precise, quizá porque la Directiva 2008/48/CE tampoco lo exige[42]. La determinación subjetiva de quién debe informar facilita, en su caso, la imputación del incumplimiento, particularmente para imponer sanciones administrativas. En el caso de la titulización de un crédito debería ser siempre el cedente —incluso con carácter general— ya que los créditos titulizados pasan a un fondo —que constituye un patrimonio separado—, el cual no tiene personalidad jurídica (art. 15.1 Ley 5/2015). Solo por esta razón, la información de la titulización del crédito debería recaer en el cedente.

La Propuesta de Ley andaluza impone —acertadamente— la información de la titulización del crédito a la entidad cedente, siendo una obligación frente al deudor cedido. Las dudas que pudieran existir si es a la entidad cedente a la que le corresponde informar de la titulización de un crédito quedarían despejadas con esta disposición legal.

3. Medios para poner en conocimiento la información

La normativa general sobre la notificación de la cesión del crédito silencia los medios para darla a conocer, aun cuando ello podría proporcionar una mayor seguridad jurídica en la circulación de créditos. Nada dicen al respecto los artículos 1527 del Código Civil y 347 Ccom. El mismo silencio encontramos en los artículos 149.1, 150 y 151 LH, si bien el artículo 242 RH remite al artículo 222 RH en cuanto a la forma de dar a conocer al deudor la cesión del crédito —la notificación puede ser judicial —en caso de que crédito cedido sea litigioso— o notarial—. La notificación notarial es preceptiva para la cesión de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento según los artículos 8 de la Ley y 27 del Reglamento regulador de estas garantías mobiliarias.

Sorprende que el artículo 31.2 LCC no exija un medio específico para informar al consumidor de la cesión de un crédito al consumo[43]. Por lo tanto, rige también aquí la libertad de medios para informar sobre la cesión de un crédito. Cuando es un consumidor, el conocimiento de la cesión de un crédito debería obtenerse de forma directa y fidedigna[44] y debería ser al menos por escrito[45]. Al menos en cumplimiento de las normas bancarias, la entidad cedente deberá cumplir con el artículo 11.1 de la OM EHA/ 2899/2011, según el cual, «toda la información, documentación y comunicaciones dirigidas a los clientes de servicios bancarios previstas en esta orden se realizarán en papel, formato electrónico o en otro soporte duradero, y estarán redactadas en términos fácilmente

comprensibles, de manera claramente legible, en castellano o en cualquiera de las demás lenguas españolas oficiales de las respectivas Comunidades Autónomas en las que se preste el servicio o en cualquier otra lengua acordada entre las partes».

La citada Proposición de Ley andaluza, que se refiere exclusivamente a la información sobre la cesión de créditos a fondos de titulización, exige que esta sea por escrito o mediante remisión de un correo electrónico. Siendo un deber que tiene la entidad financiera cedente con el consumidor, aquella deberá acreditar su cumplimiento.

4. El plazo para la información

No hay un plazo para notificar al deudor la cesión del crédito. Ninguna norma que regula la cesión de créditos lo establece. Mientras no haya sido notificado al deudor cedido, este siempre puede cumplir la obligación frente al primer acreedor. Cabe preguntarse si realmente es oportuno fijar un plazo para la notificación de la cesión del crédito. Al cesionario le interesa especialmente notificar cuanto antes al deudor cedido la cesión del crédito para hacer valer sus derechos crediticios[46].

Solo cuando la información sobre la cesión de un crédito se eleva a un deber parece razonable fijar también un plazo. Sin embargo, en la LCC no se ha considerado oportuno fijar en el artículo 31.2 un plazo —seguramente porque la Directiva 2008/48/CE tampoco lo establece—, una nueva laguna legal que es criticable[47]. Con un plazo legal se fuerza el cumplimiento del deber de informar de la cesión de un crédito. Pero claro, si no se determina tampoco quién debe comunicar la cesión del crédito al consumo, resulta un poco irrisorio fijar un plazo.

La citada Proposición de la Ley andaluza, fija cinco días hábiles desde que se produce la titulización del crédito o desde la solicitud de información sobre la misma. La Proposición de Ley distingue, por tanto, dos situaciones diferentes: a) la solicitud de información sobre la titulización del crédito a instancia del deudor y b) la titulización del crédito. En ambos casos, la entidad acreedor tiene un plazo de cinco días hábiles para informar. El plazo de cinco días hábiles es más que prudente para informar sobre este tipo de transmisión. Se debe entender que es un plazo de caducidad.

5. El contenido de la información

La información sobre la cesión del crédito debe comprender al menos la plena identificación del cesionario[48], la fecha de la cesión, si la cesión es total o parcial y las modificaciones que en su caso se hayan introducido en el

acuerdo de cesión del crédito. Las normas reguladoras de la cesión del crédito nuevamente silencian cualquier aspecto que debe contener la información de esta transmisión[49]. Una información no adecuada puede perjudicar al deudor en casos concretos.

En el ámbito bancario, cabe colegir del artículo 8 de la OM EHA/2899/2011, aunque no se refiere específicamente a la cesión de créditos, que la información debe ser clara y fiel, que resulte suficiente para que el destinatario de la misma comprenda adecuadamente los términos esenciales de la cesión del crédito y que, en ningún caso, se omita o se desnaturalice ninguna información relevante (cfr. art. 8.1). A pesar de ser una norma administrativa que se debe cumplir en operaciones crediticias con personas físicas es muy ilustrativa para precisar el contenido de la información que se debería dar al consumidor (deudor cedido). En todo caso, siempre se ha de cumplir el contenido de la información conforme con los artículos 1258 del Código Civil y 65 TRLGDCU[50].

El contenido de la información adquiere una especial relevancia en la titulización del crédito porque son muchos los aspectos que querrá conocer el deudor cedido. Además de los ya señalados, el deudor querrá saber el nombre del fondo de titulización, el nombre de la sociedad gestora del fondo de titulización, si la titulación es total o parcial, si la entidad cedente ha prestado alguna garantía en el proceso de titulización, la extinción en su caso del fondo de titulización.

Para proteger más eficazmente al consumidor puede ser oportuna una norma que fije el contenido de la información sobre la cesión de créditos a fondos de titulización. Por su importancia, transcribimos la norma de la Proposición andaluza:

1. La notificación de la información acerca de la titularidad de la deuda se hará mediante correo postal y electrónico, indicándose la identidad del adquirente, así como todos los datos que permitan la identificación de manera sencilla y comprensible de:

a) La fecha de escritura de cesión, transmisión o titulización del crédito.
b) La fecha de constitución del fondo de titulización.
c) La página del documento de constitución del fondo de titulización en la que se encuentra el crédito del consumidor.
d) El código del crédito de la persona consumidora, de manera que a esta le sea posible identificar y localizar en el documento y página indicada su deuda.
e) El precio en euros de la transmisión.

2. En caso de que la entidad conserve la titularidad del crédito, se hará constar en la información proporcionada al consumidor la manifestación de que continúa siendo el acreedor.

Se entiende que es una lista no exhaustiva. Lo verdaderamente importante es que la entidad cedente informe de todos los datos que permitan la identificación de manera sencilla y comprensible la titulización del crédito, debiendo evitar la omisión de datos que puedan perjudicar al consumidor.

6. ¿Cómo afecta la información de la titulización del crédito en la reclamación de la cantidad debida al deudor cedido?

Se abre aquí un interrogante que no tiene una fácil respuesta y necesitaría de un estudio aparte porque afecta directamente a la legitimación *ad causam* para la reclamación del crédito por la entidad que lo ha titulizado total o parcialmente. Son numerosas las resoluciones judiciales que se han dictado, especialmente en sede del procedimiento de ejecución hipotecaria, en un sentido u otro, admitiendo o negando la legitimación activa de la entidad cedente para reclamar el crédito después de su titulización[51, 52]. Hay tantas razones sustantivas y procesales a favor como en contra de la legitimación activa de la entidad que reclama el crédito. Solo una solución legal cerraría el actual debate. Personalmente, estoy a favor de la legitimación activa de la entidad cedente porque no es razonable que el deudor cedido pueda verse beneficiado dejando de tener que pagar por una ingeniería financiera, que es, al fin y al cabo, la titulización del crédito[53]. Tampoco favorece al deudor cedido, al menos al que quiere cumplir la obligación. Cabe entonces preguntarse si realmente es tan necesaria la información sobre la titulización del crédito. Con su tono siempre crítico, A. CARRASCO PERERA considera que es completamente superfluo para el deudor si su crédito ha sido cedido todo o en parte por medio de participaciones hipotecarias o por certificados de transmisión de hipotecas, regulados unos y otros en la Ley del Mercado Hipotecario. En todo caso, la ley determina que en estas cesiones que se realizan en el mercado secundario el cedente sigue siendo responsable de la gestión del crédito con el deudor. El único interés del deudor será en su caso el ejercicio de retracto de un crédito litigioso conforme al artículo 1535 del Código Civil, pero el plazo para ejercitarlo comienza desde que el cesionario le reclama el crédito, por lo que la cesión le resulta neutral[54]. Pero puede suceder que la sociedad gestora del fondo de titulización emita bonos que permiten que terceras personas (bonistas) participen en todo o en parte de varios créditos (p.ej., bonos de titulización hipotecaria), circunstancias que deberían ser conocidas por el deudor cedido, aun cuando la entidad emisora conserva la custodia y administración de estos créditos. En fin, se trata de un tema sumamente complejo que no se puede abordar aquí.

V. UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* DE UN DERECHO GENERAL DE INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR SOBRE LA CESIÓN Y LA TITULIZACIÓN DE CRÉDITOS

Salvo el artículo 31.2 LCC, hemos constatado la ausencia en nuestro Ordenamiento jurídico de un derecho de información del consumidor sobre la cesión o la titulización de créditos. En la cesión del crédito, el cesionario es el más interesado en dar a conocer la transmisión al consumidor (y a cualquier deudor cedido), no siempre sucede así. La liberación de este del cumplimiento de la obligación por pago al cedente en caso de desconocer la cesión del crédito no es argumento suficiente para no negar el derecho de información cuando el deudor es un consumidor. El derecho básico de información que proclama el artículo 8, letra d, TRLGDCU no tiene ninguna eficacia si no va acompañado de una regulación normativa en los diversos sectores económicos en los que el consumidor tiene derecho a ser informado.

La Proposición de Ley andaluza de Información a los consumidores y consumidoras sobre la titulización de préstamos hipotecarios y de otro tipo, de 4 de abril de 2017, es una interesante iniciativa sobre la que se debería reflexionar. Ya la Ley andaluza 3/2016 contempla en la DA 3ª, apartado segundo, la obligación de información de la entidad prestamista al consumidor de cualquier transmisión del préstamo hipotecario. Hay razones para defender esta Proposición de Ley, que podría tener un alcance general —a nivel estatal— y sustantivo —no meramente administrativo—. La unidad de mercado bancario requiere, a mi juicio, respuestas normativas de carácter estatal. Por otra parte, la protección del consumidor se logra más eficazmente con normas que no solo tengan un carácter administrativo. Por muy loable que sea una iniciativa legislativa en Comunidades Autónomas que no tienen competencia en Derecho civil, las normas que dicten solo tienen naturaleza administrativa, por lo que la protección que quieran dar a los consumidores es endeble, además de no ofrecer la cobertura legal en conflictos *inter partes* (aquí, cedente o cesionario del crédito).

La mencionada Proposición de Ley invita a pensar también en la regulación general de un derecho de información del consumidor sobre la cesión del crédito al menos en el sector bancario. El artículo 31.2 LCC es un buen apoyo legal para tomar una iniciativa en este sentido, que debería acompañarse con un desarrollo de este derecho de información sobre quién debe informar de la cesión del crédito —debería ser siempre el cedente—, el plazo y los medios para informar, así como el contenido que debe tener la información. Por la similitud del crédito al consumo y del crédito inmobiliario, se debería contemplar el derecho de información a favor del prestatario en la futura ley de crédito inmobiliario[55], incluso hacerlo extensivo a cualquier cesión del crédito bancario en la que el prestatario es una persona física. La diligencia que exigen algunos textos modernos al deudor de indagar sobre la existencia de la cesión,

sobre la identidad del cesionario o sobre la del crédito cedido en caso de que tenga sospechas fundadas de la transmisión (art. III.-5:120 DCFR, art. 514-8.2 Propuesta Código Civil, versión 2016)[56], no se debería conminar al deudor que sea consumidor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (2016). *Vivienda y financiación. La oferta del crédito en el nuevo mercado hipotecario y otras formas de acceso a la vivienda,* ADICAE.

ACHÓN BRUÑÉN, M.J. (2017). *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca*, Ed. Dykinson.

ÁLVAREZ MORENO, M.T. (2010). La nulidad de las cláusulas abusivas en contratos bancarios, *RDP,* 69 y sigs.

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2009). La notificación es un requisito de oponibilidad de la cesión frente al deudor cedido, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Ed. Centro de Estudios Registrales.

CARRASCO PERERA, A., Persiste la ridícula e ideológica jurisprudencia sobre cláusulas hipotecarias, *Revista CESCO,* 18 de marzo.

CUADRADO PÉREZ, C. (2014). *La cesión de créditos,* Ed. Dykinson.

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1993). *La cesión de créditos,* Ed. Tirant lo Blanch.

GARCÍA VICENTE, J.R. (2014). Comentario del artículo 31, *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito de Consumo,* dir. M. J. Marín López, Ed. Aranzadi, 2014, 1107 y sigs.

GAYA SICILIA, R. (1992). La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿Carga del cedente o del cesionario?, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* Ed. J. M. Bosch, vol. 1.º, 387 y sigs.

GINEBRA MOLINS, M.E. (2016). Comentario de los artículos 149 y 151, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2.ª ed. dir. A. Domínguez Luelmo, Ed. Aranzadi, 1308 y sigs.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Comentario del artículo 1527, *Comentarios al Código Civil,* dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tomo VIII, Ed. Tirant lo Blanch, 10811 y sigs.

— (2015). Comentario del artículo 86 (2015), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias,* dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed. Ed. Aranzadi, 1079.

HUALDE MANSO, T. (2016). *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo,* Ed. Dykinson.

LACABA SÁNCHEZ, F. (2016). La titulización de créditos hipotecarios. Nuevas controversias en el Derecho hipotecario, Revista de Derecho *vLex*, núm. 144.

MANRIQUE PLAZA, J. (2008). La hipoteca: constitución y cesión, *Hacia un nuevo Derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario,* Academia Sevillana del Notariado. Consejo General del Notariado, 141 y sigs.

MARTÍN FABA, M. (2016). ¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores en la contratación de préstamos hipotecarios sobre vivienda? Comentarios

a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, *Revista de Estudios de Consumo. CESCO,* 22 de julio de 2016.

MARTÍN MARTÍN, M.R. (2014). *Análisis de los fondos de titulización españoles: características en el momento de su constitución y comportamiento durante los años de la crisis,* Documentos de Trabajo, núm. 57, CNMV.

MORENO TRAPIELLA, C. (2017). *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Ed. Wolters Kluwer.

MORO ALMARAZ/BATUECAS CALETRÍO (2009), *Jurisprudencia civil comentada, Código Civil,* dir. M. Pasquau Liaño, tomo III, Ed. Comares, 3123 y sigs.

NASARRE AZNAR, S. (2003). *La garantía de los valores hipotecarios*, Ed. Marcial-Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña.

NAVARRO PÉREZ, J.L. (1988). *La cesión de créditos en el Derecho civil español,* Ed. Comares.

PANTALEÓN PRIETO, F. (1991). Comentario del artículo 1527, *Comentario del Código Civil,* tomo II, Ed. Ministerio de Justicia, 1027 y sigs.

REPRESA POLO, M.ª P. (2009). Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio, *Indret,* mayo.

— (2011). *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto a terceros,* Ed. Edisofer.

RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2016). Comentario del artículo 1527, *Código Civil comentado*, dir. A. Cañizares Laso *et alii,* ed. 2.ª, Ed. Civitas Thomson Reuters, 308 y sigs.

NOTAS

[1] Respuesta dada por la Secretaría General del Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España en el expediente C-201501247, con fecha de 26 de marzo de 2015.

[2] MARTÍN FABA, J.M., ¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores en la contratación de préstamos hipotecarios sobre vivienda? Comentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio, *Revista de Estudios de Consumo. CESCO,* 22 de julio de 2016.

[3] RODRÍGUEZ ROSADO, B. (2016), Comentario del artículo 1527, *Código Civil comentado*, dir. A. Cañizares Laso *et alii*, ed. 2.ª, Ed. Civitas Thomson Reuters, 308. También PUIG BRUTAU ya lo dijo antes.

[4] Así lo entiende, con toda claridad, PANTALEÓN PRIETO, F. (1991), Comentario del artículo 1527, *Comentario del Código Civil,* tomo II, Ed. Ministerio de Justicia, 1025-1027.

[5] Para disipar cualquier duda, la Propuesta de Código Civil (versión 2016) dispone que la «notificación al deudor cedido no es requisito para la eficacia de la cesión» (art. 514-8.1). No obstante, introduce una cláusula salvatoria en beneficio del deudor cedido: «El deudor que tenga dudas fundadas sobre la existencia de la cesión, sobre la identidad del cesionario o sobre la del crédito cedido puede exigir prueba suficiente de tales extremos al cedente o al cesionario. El deudor puede suspender el pago hasta que se le suministre dicha prueba» (art. 514-8.2).

[6] Cfr. SSTS de 28 de noviembre de 2012, 28 de noviembre de 2013 y 30 de septiembre de 2015 *(RJ* 2013, 1618, 7830 y 4765); SAP Asturias, Sección 7.ª, 30 de junio de 2004 *(JUR* 2004, 257747).

[7] Sobre esta cuestión específica, *vid.* GAYA SICILIA, R. (1992), La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿Carga del cedente o del cesionario?, *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo,* Ed. J. M. Bosch, vol. 1.º, 387 y sigs. Con anterioridad, fue tratado ampliamente por NAVARRO PÉREZ, J. L. (1988), *La*

cesión de créditos en el Derecho civil español, Ed. Comares. Para este autor, hay poderosas razones para que la notificación recaiga sobre el cedente.

[8] Para BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2009), la notificación es un requisito de oponibilidad de la cesión frente al deudor cedido, *La cesión de créditos garantizados con hipoteca*, Ed. Centro de Estudios Registrales, 127. Examinado nuevamente por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013), Comentario del artículo 1527, *Comentarios al Código Civil,* dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tomo VIII, Ed. Tirant lo Blanch, 10813 y sigs. En su amplio comentario examina con detenimiento las distintas situaciones que pueden darse, por lo que no cabe, a su juicio, una respuesta única a los efectos de la notificación

[9] Después de la Reforma del artículo 149 por la Ley 41/2007 no cabe apreciar ninguna diferencia entre el régimen anterior y el actual, pues la notificación producía en ambos casos los mismos efectos conforme al artículo 1527 del Código Civil, evitar el pago liberatorio al cedente [así, MANRIQUE PLAZA, J. (2008) La hipoteca: constitución y cesión, *Hacia un nuevo derecho hipotecario. Estudios sobre la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario,* Academia Sevilla del Notariado. Consejo General del Notariado, 163]. Para algunos autores sigue existiendo la obligación de notificación después de la Reforma 2007 (así RODRÍGUEZ ROSADO, *op. cit.* 310).

[10] Por todos, PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.,* 1027-1029.

[11] Citada en el estudio jurisprudencial del artículo 1527, de MORO ALMARAZ/BATUECAS CALETRÍO (2009), *Jurisprudencia civil comentada, Código Civil,* (dir.) M. Pasquau Liaño, tomo III, Ed. Comares, 3124.

[12] Artículo 218: 2. «Para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión. 3. La eficacia de las segundas y sucesivas cesiones de los derechos de cobro cedidos por el contratista quedará condicionada al cumplimiento de lo dispuesto en el número anterior. 4. Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente surtirán efectos liberatorios».

[13] Se invoca expresamente en el formulario de reclamación de información sobre titulización del préstamo hipotecario, redactado por Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

[14] Con carácter general, *vid.* NAVARRO PÉREZ, *op. cit.,* 120 y sigs.

[15] Ampliamente tratado por BLANCO PÉREZ-RUBIO. Esta autora denuncia el carácter abusivo de esta clausula, defendiendo, por tanto, su nulidad (*op. cit.,* 147 y sigs.).

[16] *RJ* 2010, 702.

[17] *Vid.* ÁLVAREZ MORENO, M.T. (2010), La nulidad de las cláusulas abusivas en contratos bancarios, *RDP,* 69 y sigs. Para esta autora es una cláusula claramente abusiva, no siendo relevante la distinción, a estos efectos, entre cesión del contrato y cesión del crédito. La renuncia de la notificación de la cesión del crédito significa que el deudor no puede utilizar los artículos 1527 y 1198 del Código Civil, siendo contraria la cláusula de renuncia a los artículos 86.7 y 86.4 TRLGDCU (p. 104).

[18] Con anterioridad, la SAP Barcelona, Sección 11.ª, 4 de octubre de 2004 *(JUR* 2004, 304434) declara el carácter abusivo de la cláusula por la que el consumidor renuncia a la notificación de la cesión del contrato de crédito, no habiendo sido negociada la misma. Con posterioridad, SAP Valencia, Sección 9.ª, 18 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 215299), SAP Las Palmas, Sección 4.ª, 22 de junio de 2015 *(JUR* 250813), SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 6 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 79020).

[19] No la considera abusiva en un contrato de préstamo la SAP Madrid, Sección 11.ª, 30 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 252383) aun cuando tiene en cuenta la STS de 16 de diciembre de 2009, dado «que la entidad bancaria ya había cumplido la parte que le correspondía al haber transferido al deudor el importe del capital y lo que quedaba por cumplir era la obligación de pago por el prestatario y el crédito para exigir su cumplimiento fue lo cedido, por lo que no se precisaba consentimiento del deudor» (sic).

[20] La falta de una regulación de la cesión del contrato es suplida por una jurisprudencia que desarrolla el régimen jurídico de esta figura, recogida en la STS de 16 de diciembre de 2009 (más reciente, sobre la estructura trilateral de la cesión del contrato, la STS de 22 de mayo de 2014, *RJ* 2949). La Propuesta de Código Civil (2016) dispone en el artículo 514-15.1 que «el acuerdo por el que una de las partes cede a un tercero su posición jurídica en una relación obligatoria con prestaciones recíprocas solo adquiere eficacia frente a la otra parte si esta la acepta».

[21] La Sentencia que dio lugar al recurso de casación es la SAP Madrid, Sección 13.ª, 11 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 1351148). En su fundamento vigésimo primero dice: «Comienza BBVA cuestionándose si la sentencia de primera instancia basa la anulación de la antedicha cláusula en lo establecido en el apartado 10 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios a cuyo tenor tienen el carácter de abusivas a los efectos previstos en el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, las cláusulas o estipulaciones que consisten en la liberación de responsabilidad por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de este. Es así. No ignoramos la diferencia existente entre la cesión de contrato y la cesión de crédito, pero no admitimos que en el caso que nos ocupa —documento obrante a los folios 126 y siguientes de las actuaciones— se haya probado que se trate de una cesión de contrato, como sostiene la actora; en efecto, no solo consta en autos la calificación de las partes como "cesión de crédito" (folios 143 vto.) sino que de la prueba practicada se infiere que, ciertamente, el objeto de la cesión no es el contrato —que se extendería al conjunto unitario de los efectos del contrato primitivo— sino al crédito dimanante de aquel contrato que el Banco tuviese frente al prestatario».

«Así las cosas, la primera cuestión a resolver consiste en determinar si la cesión de dicho crédito efectivamente conlleva una merma de las garantías del consumidor y, de la prueba practicada, no cabe llegar a tal conclusión en la medida que no consta que ello altere las condiciones pactadas para la concesión del préstamo hipotecario aún cuando se produzca la subrogación de otra entidad prestamista. Tal consideración ya sería suficiente para declarar, al amparo de lo establecido en el apartado 10 de la Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, innecesario el consentimiento del consumidor.

Opone la OCU que el antedicho contrato comporta, además del crédito cedido, la transmisión de la hipoteca con la que se garantiza su cumplimiento y las limitaciones del derecho de disponer a las que nos hemos referido con anterioridad; sin embargo, insistimos, tales condiciones son las mismas que ya existían antes de la cesión y que, con motivo de esta, tampoco se agravan.

Finalmente, en cuanto al presente recurso interesa, no cabe ignorar que el artículo 242 —no el artículo 219, como por error se cita— del Reglamento Hipotecario, expresamente autoriza la renuncia del deudor a que se ponga en su conocimiento la cesión del crédito hipotecario siempre que tal renuncia se hubiese recogido en escritura pública o se esté en el caso del artículo 150 de la Ley Hipotecaria. Precepto que no ha sido derogado, que tampoco es incompatible con la antedicha Disposición Adicional Primera de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, como ya se ha expuesto, y que no ofrece sino una perspectiva especial, en el ámbito de la legislación hipotecaria, del principio general —previsto en el artículo 1205 del Código Civil— que permite la novación de la obligación sustituyendo un nuevo deudor en lugar del primitivo, sin el conocimiento de este aunque no sin el consentimiento del acreedor.

No obsta a lo anterior la alegación de la meritada entidad bancaria relativa a la importancia de la cláusula que nos ocupa a los efectos de dinamizar el mercado de venta de créditos ni de facilitar la titulación de la cartera de préstamos hipotecarios, pues tales intereses, aunque legítimos, en ningún caso pueden ampararse en detrimento de la tutela de los consumidores y usuarios».

[22] Por todos, GINEBRA MOLINS, M.E. (2016), Comentario de los artículos 149 y 151, *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, 2.ª ed., dir. A. Domínguez Luelmo, Ed. Aranzadi, 1308 y sigs. y 1315.

[23] Compartida por la jurisprudencia menor. Así la SAP Coruña Sección 4.ª, 22 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 47202). En otro asunto, el banco no cuestiona el carácter abusivo de la cláusula de renuncia (*vid.* SAP Valencia, Sección 9.ª —*JUR* 2016, 213538).

[24] GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Comentario del artículo 86 (2015), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias,* dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, 2.ª ed. Ed. Aranzadi, 1079.

[25] En opinión de BLANCO PÉREZ-RUBIO, la renuncia puede causar al deudor un perjuicio, puesto que la misma supone para aquel tener que investigar quién es su verdadero acreedor, si el cedente o el cesionario, teniendo que soportar el riesgo de pagar al que no es su verdadero acreedor (cedente) y, además, al que sí lo es (cesionario), a no ser que la renuncia no se haya inscrito en el Registro (se refiere a la renuncia de la notificación de la cesión de un crédito hipotecario), *op. cit.,* 148.

[26] Un estudio sobre la situación real de la titulización de créditos en España puede encontrarse en el trabajo de MARTÍN MARTÍN, M.R. (2014), *Análisis de los fondos de titulización españoles: características en el momento de su constitución y comportamiento durante los años de la crisis,* Documentos de Trabajo, núm. 57, CNMV. En particular, sobre la titulización de activos hipotecarios (29 y sigs.) y de préstamos al consumo, financiación para la compra de automóviles y *leasing* (53 y sigs.).

[27] Sobre el término «titulización» y sus acepciones, en particular NASARRE AZNAR, S. (2003), *La garantía de los valores hipotecarios*, Ed. Marcial-Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, 799-804.

[28] Son palabras de NASARRE AZNAR (*op. cit.,* 801). Aunque este autor se refiere principalmente a los préstamos hipotecarios, la titulización puede comprender otros créditos financiados.

[29] Explica la Exposición de Motivos de esta nueva Ley que «la reforma del régimen de las titulizaciones, contenida en el título III, se articula en torno a tres ejes que, en línea con las tendencias internacionales, incrementarán la transparencia, calidad y simplicidad de las titulizaciones en España. En primer lugar, ante la enorme dispersión normativa existente en el régimen jurídico español de las titulizaciones, esta Ley opera su necesaria refundición, para garantizar la coherencia y sistemática de todos los preceptos que disciplinan esta materia, aportando mayor claridad y seguridad jurídica al marco regulatorio. En este sentido, cabe destacar que se unifican en una única categoría legal los, hasta ahora, denominados fondos de titulización de activos y fondos de titulización hipotecaria. No obstante, los fondos de titulización hipotecaria existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley cohabitarán con los nuevos fondos de titulización de activos hasta que se extingan progresivamente. El segundo eje rector de esta Ley pretende aproximar nuestro régimen jurídico al de otras jurisdicciones europeas más avanzadas en la materia. Con esta finalidad se flexibiliza la operativa de estos instrumentos, y se suprimen aquellos obstáculos que impiden replicar en España determinadas estrategias innovadoras de titulización de probado éxito y utilidad en países de nuestro entorno. Por último, se fortalecen sustantivamente las exigencias en materia de transparencia y protección del inversor, en línea con las mejores prácticas internacionales, y se especifican las funciones que deben cumplir las sociedades gestoras que, en todo caso, incluirán la administración y gestión de los activos agrupados en los fondos de titulización, sin perjuicio de la repercusión al fondo de titulización de los gastos que correspondan, de acuerdo con lo previsto en la escritura de constitución».

[30] Según la Norma Primera: «1. La presente Circular regula las normas específicas de contabilidad, las cuentas anuales, los estados financieros públicos y los estados reservados de información estadística de los Fondos de Titulización. 2. Quedan sujetos al cumplimiento de esta Circular los Fondos de Titulización regulados por la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, así como los Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos regulados mediante la Ley 19/1992, de 7 de julio, sobre Régimen de Sociedades y Fondos de Inversión Inmobiliaria y sobre Fondos de Titulización Hipotecaria, y el Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización, respectivamente, que se hubiesen constituido con anterioridad a la aprobación de la Ley 5/2015, de 27 de abril (en adelante «Fondo» o «Fondos«). 3. La inclusión en esta Circular de normas contables y

criterios de valoración y clasificación para determinadas operaciones no supondrá autorización al Fondo para realizarlas, si por la naturaleza de este o de aquellas, por limitaciones a su operativa impuestas por disposiciones vigentes de aplicación, por acuerdo contractual de emisión o su folleto informativo, o porque se necesitase autorización específica para ello, no pudieran ser realizadas».

[31] Modificada parcialmente por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de reforma del mercado hipotecario.

[32] El legislador autonómico no puede definir los créditos titulizados por carecer de competencia sobre instituciones de naturaleza mercantil (art. 139.1 6.ª CE). El artículo 1, además, debería remitirse al Título III de la Ley 5/2015, de 27 de abril.

[33] GARCÍA VICENTE, J.R., (2014), Comentario del artículo 31, *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito de Consumo,* dir. M. J. Marín López, ed. Aranzadi, 2014, 1120-1121.

[34] GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. 1993), *La cesión de créditos,* Ed. Tirant lo Blanch, 221 y sigs.; REPRESA POLO, M.ª P. (2011), *La cesión de créditos: eficacia entre las partes y respecto a terceros,* Ed. Edisofer, 65 y sigs.

[35] Palabras textuales del estudio auspiciado por ADICAE (2016), *Vivienda y financiación. La oferta del crédito en el nuevo mercado hipotecario y otras formas de acceso a la vivienda,* 146.

[36] En los créditos al consumo, la falta de información no desmejora la posición del consumidor en el contrato de crédito (que no resulta menoscabada tampoco por el hecho de la cesión, dada la naturaleza imperativa del régimen de las excepciones oponibles) y difícilmente causará un daño indemnizable ni tampoco puede juzgarse suficiente (de la importancia suficiente) como para permitir el ejercicio de la facultad de resolver el contrato ni tampoco para oponer la excepción de contrato no cumplido. No obstante, su incumplimiento sí forma parte del supuesto de hecho de las normas sancionadoras sea en sede de infracciones de consumo o de disciplina y ordenación bancaria (GARCÍA VICENTE, *op. cit.,* 1120-1121).

[37] Un supuesto diferente es la cesión global de carteras (los fondos buitre) que suscita problemas si la cesión se produce iniciada la ejecución (hipotecaria) individual de un crédito. Sobre esta cuestión, *vid*., por todos, MORENO TRAPIELLA, C. (2017), *Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, Ed. Wolters Kluwer, 236 y sigs.

[38] Por todos, HUALDE MANSO, T. (2016), *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de consumo europeo,* Ed. Dykinson, en particular, 96 y sigs.

[39] DA 4.ª-2: «En el caso de subrogación o de cesión, el prestamista que suscribió el préstamo deberá seguir conservando la documentación precontractual durante el plazo señalado en el párrafo anterior y trasladar al cesionario o prestamista que se subroga, en el caso que le fuera requerida por este y a costa de este, copia de la misma. Tanto el prestamista inicial como el prestamista que se subroga o el cesionario estarán obligados a facilitar dicha documentación al prestatario, si es reclamada por este».

[40] El debate doctrinal es recogido ampliamente por GAYA SICILIA, *op. cit.,* en particular, 394 y sigs.

[41] Para evitar la responsabilidad del cedente en la cesión de un crédito hipotecario por los perjuicios que puede causar la falta de notificación al deudor cedido (art. 151 LH), aquel está interesado en notificarla, pero no tiene la obligación de hacerlo.

[42] Una laguna legal que critica GARCÍA VICENTE, *op. cit.,* 1119.

[43] Criticado también por GARCÍA VICENTE, *op. cit.,* 1120.

[44] BLANCA PÉREZ-RUBIO distingue según el conocimiento de la cesión del crédito sea de forma directa o indirecta, *op. cit.,* 135. Ya con anterioridad, NAVARRO PÉREZ, *op. cit.,* 112 y sigs., y 119.

[45] Sobre la forma de notificación de la cesión del crédito en la contratación internacional, en normas nacionales y en el Derecho contractual europeo (*vid*., por todos, REPRESA POLO, *op. cit.,* 47 y sigs.; CUADRADO PÉREZ, C. (2014), *La cesión de créditos,* Ed. Dykinson, 111 y sigs.). También REPRESA POLO, M.ª P. (2009), Eficacia de la cesión frente al deudor cedido: las condiciones del pago liberatorio, *Indret,* mayo, 17 y sigs.

[46] Como las partes de la cesión del crédito están interesados en dar a conocer la transmisión, no es necesario fijar un plazo (NAVARRO PÉREZ, *op. cit.,* 113).

[47] GARCÍA VICENTE, *op. cit.,* 1120.

[48] CUADRADO PÉREZ resalta la presunción de ignorancia de la cesión del deudor cedido, lo que explica la jurisprudencia *favor debitoris* cuando las comunicaciones tienen alguna irregularidad, *op. cit.* 116 y sigs.

[49] Un aspecto que tiene actualmente una especial relevancia en la cesión de créditos es la protección de datos personales, que es examinada sucintamente por CUADRADO PÉREZ, *op. cit.,* 134 y sigs.

[50] GARCÍA VICENTE, *op. cit.,* 1120.

[51] Una exposición de la jurisprudencia menor sobre esta cuestión se encuentra en *Las reclamaciones por cláusulas suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca*, Ed. Dykinson, 2017, de ACHÓN BRUÑÉN, M.J., 172 y sigs. También por MORENO TRAPIELLA, *op. cit.,* 242 y sigs.

[52] Los Jueces de Primera Instancia de Barcelona, en reunión de unificación de criterios celebrada el día 15 de julio de 2016, sobre los problemas de legitimación activa en los procedimientos de ejecución de préstamos/créditos garantizados con hipoteca que han sido objeto de titulización, llegaron por mayoría a las siguientes conclusiones:

1. En el supuesto en que el crédito hipotecario se ha titulizado previa la emisión de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión de hipoteca, la legitimación activa para la ejecución hipotecaria, para la ejecución ordinaria o la continuación de aquella por esta vía (579 LEC) la ostenta el Banco emisor de dichas participaciones o certificados.

En efecto, cuando se han emitido participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria por parte del Banco/acreedor primario, la legitimación para ejecutar la hipoteca o para iniciar cualquier proceso de ejecución del crédito la ostenta el mismo Banco emisor de los títulos con independencia de que se haya participado total o parcialmente el crédito hipotecario (art. 15 LMH y 30 y 31 del RMH), pues sigue ostentando por ley su condición de acreedor hipotecario. El titular de la participación (el Fondo de Titulización) puede comparecer en dicho/s proceso/s (intervención voluntaria del artículo 13 LEC) para hacer efectivo su derecho de crédito con el precio del remate en proporción a su participación (art. 15 LMH y 31.b RMH). El titular de la participación (Fondo de Titulización) ostenta una legitimación extraordinaria (art. 10.2 de la LEC), subsidiaria y por subrogación únicamente cuando el Banco no le pague por impago del deudor primario, y requerido por el Fondo no ejercite la acción ejecutiva en el plazo de 60 días, aportando la documentación legalmente prevista (art. 31.c RMH). Igual legitimación por subrogación ostenta caso de paralización del proceso de ejecución seguido por la entidad emisora (art. 31.d del RMH).

Cuando se inste un procedimiento de ejecución ordinaria o se pretenda la continuación de la ejecución hipotecaria por la vía del 579, entendemos que son aplicables las reglas anteriores, partiendo de que la legitimación que se otorga a la entidad emisora de participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria (el Banco) es ordinaria (art. 10.1 LEC) y para cualquier procedimiento de ejecución del crédito participado, ya que no hacerlo supondría un desdoblamiento de la naturaleza y régimen jurídico de las participaciones hipotecarias y/o los certificados de transmisión hipotecaria en función del procedimiento de ejecución elegido y porque el artículo 15 de la LMH habla de acción ejecutiva o ejecución judicial, no de ejecución hipotecaria.

2. Cuando no se hayan emitido participaciones hipotecarias o certificados de transmisión hipotecaria, sino que se haya producido la cesión del crédito/ préstamo, la legitimación activa le corresponde al cesionario del crédito/préstamo garantizado con la hipoteca. En este caso, hay una verdadera cesión del crédito, y se estará a las reglas generales (en esencia 149 LH, 1526 y siguientes del Código Civil y 540 LEC).

3. En base a lo anterior, resulta ajustado a derecho la cesión del remate por el ejecutante adjudicatario al Fondo de Titulización hipotecaria en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Si el titular de la participación hipotecaria o certificado de transmisión (Fondo de

Titulización) no ha comparecido voluntariamente a aquella ejecución, es legitimo y ajustado a derecho la cesión del remate por el ejecutante adjudicatario al Fondo de Titulización, que tendrá la condición de tercero en dicho proceso. Es la forma en que el Banco cumple con su obligación fiduciaria (de abonar al Fondo su participación en el crédito una vez realizado el bien hipotecado) o el equivalente a la participación en el precio del remate previsto en el artículo 31 del RMH para el caso en que el titular de la participación concurra al procedimiento incoado por el emisor de la participación.

4. Por último, entendemos que no cabe examinar de oficio la falta de legitimación del que aparezca como acreedor hipotecario en el titulo ejecutivo que se aporte con la demanda, dada la presunción de legitimación (130 LH y 681 LEC); solo procederá su examen vía oposición (559.1) o vía nulidad de actuaciones en su caso.

[53] Es también la posición de LACABA SÁNCHEZ, F. (2016), «La titulización de créditos hipotecarios. Nuevas controversias en el derecho hipotecario», *Revista de Derecho vLex*, núm. 144, 18-22.

[54] Persiste la ridícula e ideológica jurisprudencia sobre cláusulas hipotecarios, *Revista CESCO,* 18 de marzo de 2016.

[55] Es la solución del legislador alemán al transponer la Directiva 2014/17UE al BGB (*vid.* §§ 493.6, 496.2 en relación con el § 491).

[56] En realidad, nada es nuevo. Ya decían los comentaristas más antiguos del Código Civil, la buena fe obliga al deudor cedido a no permanecer inactivo si tiene sospechas de la cesión (así, G. GARCÍA CANTERO, Comentario del artículo 1527, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, dir. M. Albaladejo 1980, Ed. EDERSA, 648).

(Trabajo recibido el 17-5-2017 y aceptado para su publicación el 6-6-2017)

Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario*

Creditworthiness assessment and mortgage credit

por

MATILDE CUENA CASAS
Profesora Titular de Derecho Civil
Acreditada como Catedrática
Universidad Complutense
Patrona de la Fundación Hay Derecho

RESUMEN: Se analiza en el presente trabajo el alcance de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia en el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario regulados por la Directiva 2014/17. Se presta especial atención al problema de las consecuencias que se derivan del incumplimiento de tal obligación por el prestamista, huérfano de regulación en la normativa europea. Se hacen propuestas de interpretación de la norma con objeto de transponer la normativa en el Derecho español y hacer realidad la obligación del prestamista de conceder préstamos de manera responsable.

ABSTRACT: The scope of the lender's obligation to assess solvency in the context of mortgage loan contracts regulated by Directive 2014/17 is analyzed in this paper. Particular attention is given to the problem of the consequences

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación I+D: «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 2013-46315) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y el Proyecto «Registro, mercado crediticio y crisis económica» (DER2016-81966-REDT).

arising from the non-fulfillment of such obligation by the lender. We make proposals to interpret the rule in order to transpose the European Directive into Spanish law and to enforce the obligation of the lender to grant loans responsibly.

PALABRAS CLAVE: Evaluación de la solvencia. Crédito hipotecario. Sobreendeudamiento. Consumidores. Préstamo responsable. Datos de solvencia patrimonial.

KEY WORDS: Creditworthiness. Mortgage credit. Over indebtedness. Consumer. Responsible lending. Credit reporting.

SUMARIO: I. LA CRISIS COMO MANIFESTACIÓN DEL FALLO EN LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO.—II. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y TIPOS DE RIESGO DE CRÉDITO.—III. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y SUPERVISIÓN BANCARIA.—IV. LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA Y TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO: 1. La regulación en el Derecho español. 2. La Directiva 2014/17, de 4 de febrero. 3. El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia: *3.1. Naturaleza. 3.2. En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia. 3.3. Consecuencias jurídicas: sanciones administrativas versus sanciones civiles.* 4. Las «transposiciones autonómicas» de la Directiva 2014/17. *4.1. La regulación contenida en el Código de Consumo de Cataluña. 4.2. La Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio. 4.3. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017.*—V. LA NECESIDAD DE UN ADECUADO SISTEMA DE INFORMACIÓN CREDITICIA PARA EL CUMPLIMIENTO Y EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA.—VI. CONCLUSIONES.

I. LA CRISIS COMO MANIFESTACIÓN DEL FALLO EN LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO

La crisis financiera iniciada en 2008 ha producido efectos devastadores en todos los órdenes: económicos, sociales y también políticos, dentro y fuera de nuestras fronteras. Esta es una afirmación poco discutible. No es la primera crisis financiera y tras analizar las medidas adoptadas a nivel nacional e internacional, me atrevo a aventurar que tampoco será la última.

Con la perspectiva del tiempo transcurrido, ya existe cierto consenso acerca de sus causas. La historia se ha repetido, con algunos matices fruto de la

sofisticación de los productos financieros. Pero lo cierto es que lo que ha pasado no es nuevo y es fruto de una desregulación financiera premeditadamente buscada.

Ya la famosa crisis de 1929 colapsó el sistema bancario en EEUU provocando la pérdida de sus ahorros a muchos ciudadanos. En aquella ocasión, uno de los factores desencadenantes fueron los generosos préstamos concedidos por entidades llenas de liquidez a los agricultores para que aumentaran su producción y a todo tipo de clientes para la adquisición de acciones. Un boom crediticio auspiciado por bajos tipos de interés provocó una burbuja de precios que favoreció el desarrollo de sofisticados instrumentos de inversión y a su vez de ganancias.

Como ya se señalara en el periódico «The Economist», lo mismo ha sucedido en 2008: «crédito fácil amplificado por productos financieros, compra de activos con dinero prestado, aderezado por un optimismo irracional: los precios nunca iban a dejar de subir». Si se sustituye la palabra «acciones» por «inmuebles»[1] encontramos ciertas similitudes con la actual crisis financiera. Un denominador común: el desenfreno crediticio y una irresponsabilidad bancaria en el contexto de un mercado desregulado.

En la crisis de 1929 se pedía prestado para comprar acciones y se prestaba sin control sobre la base de que las acciones siempre subirían. Las acciones subían porque la gente las compraba y las compraban porque subían creándose una burbuja bursátil. El problema era que la compra de acciones se hacía con dinero prestado y una bajada del precio de las acciones provocaba la imposibilidad de devolver el préstamo concertado para su adquisición. Por ello la bajada del precio de las acciones no provocó solo pérdida para el inversor, sino también para las entidades financieras que prestaron fondos procedentes de los depósitos de los clientes para la adquisición de tales activos.

El mismo esquema se ha repetido en 2008 con la compra de inmuebles. También el optimismo de prestamistas y prestatarios hizo su trabajo. Sobre la base de que el precio de los inmuebles no bajaría nunca, se prestó alegremente, sin valorar adecuadamente la solvencia del prestatario ni su capacidad de reembolso. Tan solo se tuvo en cuenta el valor del inmueble dado en garantía, tasado generosamente con base en el optimismo de que el inmueble valdría más en el momento de una eventual ejecución que en el de concederse el préstamo. Los bancos no evaluaron correctamente la solvencia del deudor, su capacidad de pago y si lo hicieron, prescindieron de sus resultados. Se basaron en el valor de la garantía, en el valor de un bien de valor incierto (sujeto a las fluctuaciones de la oferta y la demanda), inventando un escenario de subida de precios. Se habían sentado las bases de una nueva burbuja, en este caso, inmobiliaria.

En ambas crisis hubo un denominador común: los bancos prestaron a personas que no podían devolver el dinero y con base en activos de valor incierto. Con un sistema bancario basado en el principio de reserva fraccionaria, el dinero de

los depositantes se prestó a sujetos que invertían y su garantía eran esos activos. En 1929 la crisis bursátil se convirtió en crisis financiera. En 2008, la inexistente evaluación del riesgo se propaga a terceros mediante la titulización, refinanciándose el prestamista que da en garantía de tal financiación una cartera hipotecaria tóxica integrada por préstamos de alto riesgo. Otras entidades utilizan dinero de los depositantes para «invertir» en activos tóxicos. Al igual que en 1929, los bancos en 2008 perdieron su papel de intermediarios financieros (recibir depósitos para prestarlos) y habían entrado en el mercado de capitales, convirtiéndose en inversores con un capital procedente de depositantes y no de inversores.

Una de las respuestas a la crisis de 1929 fue la Ley Glass-Steagall (Banking Act), que entró en vigor el 16 de junio de 1933 separándose la banca de depósitos de la banca de inversión de manera que los prestamistas no pudieran especular con el dinero de los depositantes. Se trató de uno de los máximos exponentes de la regulación bancaria y derogada en 1999 cuando B. Clinton presidía EEUU. Sin duda la presión de la banca comercial por la falta de competitividad que tal regulación conllevaba respecto a los bancos europeos y a los bancos de inversión cuya rentabilidad era mayor. Se impone el neoliberalismo: «la disciplina vendría del propio mercado»[2]. El lobby bancario consiguió el objetivo de la desregulación con la aprobación en 1999 de la Graham-Leach-Billey Act que permitió unificar la banca comercial con la banca de inversión, si bien con algunas limitaciones.

La posibilidad de entrar en el mercado de inversión les permitía arriesgar más (con el dinero de los depositantes que no quieren invertir sino guardar su dinero) y con ello obtener una mayor rentabilidad y recuperar la competitividad perdida con la Ley Glass-Steagall. Consecuencia del nuevo marco regulatorio fue la fusión de muchas entidades comerciales y de inversión creándose grandes entidades que favorecieron que «fueran demasiado grandes para caer (*too big to fail*)». El resultado estaba claro: podían invertir, obtener mayor rentabilidad y eran demasiado grandes para caer, por lo que siempre estaría en última instancia el Estado para cubrir las eventuales pérdidas que se pudieran producir.

En este contexto, las hipotecas de alto riesgo (*subprime*) permitieron obtener grandes beneficios al prestamista dado el sistema de información crediticia vigente en USA[3] donde el flujo de información positiva permite un mayor ajuste del coste crediticio a la prima de riesgo del cliente. Un deudor de alto riesgo es más rentable puesto que los tipos de interés que se le aplican son más altos. Si a ello le unimos la titulización[4] de los préstamos hipotecarios por virtud del cual el prestamista utiliza los préstamos hipotecarios (activos poco líquidos) como instrumentos para obtener financiación, eliminando el riesgo y obteniendo liquidez, el caldo de cultivo a la crisis financiera estaba servido: era muy fácil asumir riesgos y sacarlos del balance. Otras entidades utilizan dinero de los depositantes para realizar inversiones de alto riesgo cosa que podían hacer tras la derogación de la Ley Glass-Steagall.

La historia se ha repetido y lo raro es que no hubiera sucedido. El sistema estaba diseñado para que pasara. Detectado por los inversores el alto riesgo de los préstamos hipotecarios se produjo el *credit crunch*: ventas masivas y falta de liquidez en el mercado lo que se lleva por delante a entidades financieras que se han convertido también en bancos de inversión. La mezcla letal entre banca comercial y banca de inversión había vuelto a dar resultados.

En la base, una deliberada concesión irresponsable de crédito. Se conceden los préstamos sin evaluar la capacidad de reembolso del deudor, teniéndose en cuenta exclusivamente el valor del inmueble dado en garantía, con base en una tasación irregular realizado por una empresa participada por la entidad financiera. Bastaba aumentar el valor de tasación para cumplir nominalmente los requerimientos de la regulación del mercado hipotecario (LTV) que exigía que el importe del préstamo no superara el 80% del valor de tasación. Como acertadamente se ha señalado, la sobrevaloración de las tasaciones tiene externalidades muy importantes. La subida artificial de los precios de tasación provoca una espiral inflacionista difícil de contener[5] porque, aunque se pretendiera hacer una tasación correcta, habría que tener en cuenta el valor de tasación de inmuebles vendidos recientemente en el mismo bloque/manzana/barrio. Inflados los precios de venta, ello llevaba inexorablemente a una mayor sobrevaloración de las tasaciones.

Lo que está claro es que intereses de todos los operadores se alinearon en contra de la estabilidad de sistema: el consumidor se convertía en propietario que era lo que quería, algo que le da un cierto status social y además le convenía fiscalmente porque le permitía aplicar deducciones por adquisición de vivienda habitual; la entidad financiera presta y obtiene activos para utilizarlos como garantía para refinanciarse y seguir prestando obteniendo importantes beneficios; las sociedades de tasación ganaban dinero; el Estado percibía importantes ingresos gravando las operaciones. La burbuja inmobiliaria hacía ganar mucho dinero a todos. Nadie tenía interés en evitarla y el marco jurídico ayudaba, ya que generaba incentivos perversos.

Mientras tanto, la economía crecía de forma artificial sustentada en el sobreendeudamiento masivo de particulares y el partido del gobierno de turno (daba igual su color político) se aseguraba la victoria en las siguientes elecciones generales. Y todo sucedió a la vista ciencia y paciencia del supervisor bancario, controlado por el Gobierno[6]. Existía un interés político en la creación de la burbuja inmobiliaria y buena prueba de ello es que las entidades que más excesos cometieron tenían a políticos en sus Consejos de Administración. Las relaciones íntimas entre el poder financiero y el político tienen mucho que ver con lo que ha sucedido[7]. Es fácil evitarlo siempre que exista voluntad de los gobiernos de crear un marco jurídico que no genere incentivos positivos a tales actuaciones irregulares. Detrás de esta crisis financiera lo que hay es un problema de conducta[8] que se ha centrado en una deficiente evaluación de la

solvencia de los prestatarios, que ha quedado impune, pues la regulación no es disuasoria.

El objeto de este trabajo es el análisis de la obligación de evaluar la solvencia del prestamista en el marco del mercado hipotecario. Una obligación que es obvia para cualquier entidad y, sin embargo, ahora parece que se regula de manera específica y se pretende que su incumplimiento tenga más consecuencias jurídicas. El primer interesado en evaluar la solvencia debería ser el prestamista, pero hemos visto en el relato citado que arranca de la crisis de 1929, que esta elemental obligación no fue cumplida ni entonces ni ahora. La respuesta inicial fue la separación entre banca comercial y banca de inversión con objeto de reducir estímulos positivos a su incumplimiento. El diagnóstico en 1933 fue el correcto y la reforma dio resultados generando confianza en el sistema financiero y reactivando el mercado de crédito. Aunque en su momento el diagnóstico de la enfermedad fue adecuado y la medicina fue bien prescrita, las ansias de rentabilidad de los banqueros y su estrecha vinculación con el poder político favorecieron malos hábitos que han desencadenado en otra nueva crisis, otra nueva enfermedad con los mismos síntomas que la anterior.

La respuesta hoy, como se explicará en las páginas que siguen, es, entre otras medidas, una pretendida regulación de la obligación de evaluar la solvencia que —adelanto ya— es insuficiente para evitar otra futura crisis financiera. Tampoco es la estructura del derecho real de hipoteca ni el funcionamiento del mercado hipotecario el responsable de la crisis financiera.

El negocio bancario supone la asunción de riesgos con objeto de obtener una rentabilidad. El riesgo es consustancial al negocio bancario. El problema es cuando a ese riesgo se le incorpora otro adicional y menos controlable propio de la banca de inversión poniéndose en peligro la solvencia de las entidades y favoreciéndose la aparición de externalidades (riesgo sistémico).

Si entonces la presión de las entidades financieras en EEUU consiguió que se derogara la Ley Glass-Steagall que protegía al cliente minorista, a los consumidores, ahora las entidades financieras han mostrado todavía más poder: han evitado que se promulgue una regulación eficiente. El régimen jurídico del préstamo hipotecario responsable aprobado en EEUU (*Dodd Frank Act* de 2010) y en la UE no es el «antibiótico» adecuado para tratar la enfermedad que nos ha llevado a esta crisis (igual que la de 1929) que no es otra que un mal comportamiento de los prestamistas, que actúan como gobiernos en la sombra y en situación de riesgo moral. La responsabilidad no es solo de las entidades financieras. También hay responsabilidad política. Un problema de comportamiento que se repite (de ahí la alusión a la crisis de 1929) y que debe solucionarse con una regulación que genere incentivos contrarios a tal comportamiento[9]. No es lo que ha sucedido tras la crisis actual. Antes, al igual que ahora, la regulación financiera ha sido una respuesta «reactiva», conforme los fallos del mercado han ido emergiendo, tratando las «enfermedades» causadas

por la globalización financiera en lugar de darse una respuesta «proactiva» dirigida a atacar las causas del problema[10].

Hoy ya es admitido que esta crisis es fruto de un préstamo irresponsable cuyas consecuencias se han propagado a través del mercado secundario[11]. Por ello, la regulación de la obligación de la evaluación de la solvencia y, sobre todo, las consecuencias derivadas de su incumplimiento, constituye un instrumento proactivo para la prevención de futuras crisis financieras. Lograr el equilibrio entre una necesaria protección del consumidor y la estabilidad del mercado financiero y el flujo del crédito a costes razonables es el principal reto. Pero ello no basta. Es necesario prevenir el riesgo sistémico y este se vincula con el mercado secundario, con la posibilidad de las entidades de operar no solo como bancos comerciales, sino también como bancos de inversión[12]. Este aspecto es clave: las entidades cumplirían sus obligaciones y tomarían decisiones más conservadoras, si las consecuencias derivadas del incumplimiento del deudor fueran asumidas solo por la propia entidad[13].

La necesaria protección del consumidor no debe llevarse a cabo desde planteamientos paternalistas, protegiéndole de sus propias y erróneas decisiones. Se trata de sentar las bases para que tales decisiones sean informadas y se adopten en un mercado transparente y equilibrado que no incentive los abusos permitiendo que el prestamista actúe en situación de riesgo moral. Basta equilibrar el sistema, sin correr el riesgo de desequilibrarlo a favor del consumidor, algo que podría poner en riesgo el mercado de crédito.

El crédito debe fluir y su coste debe ser ajustado a la prima de riesgo del deudor. No vale plantear un régimen neoliberal desregulado solo con el objeto de que fluya el crédito de forma masiva y a bajo coste. Las consecuencias de este planteamiento ya las hemos vivido. El préstamo masivo a deudores de alto riesgo siempre termina en crisis financiera. Así sucedió en 1929 y así ha sucedido en 2008. En un mercado liberalizado, las consecuencias de los préstamos de alto riesgo debe padecerlas el prestamista. Nadie más. Parece una afirmación elemental, pero precisamente no es el sentido común lo que ha imperado desde los años 70 en el ámbito de la regulación financiera. De hecho, el coste de los excesos ha sido asumido por los ciudadanos fruto de la regla *too big to fail*. Regla que viene provocada por la magnitud de los «monstruos» financieros creados en EEUU precisamente tras la derogación de la Ley Glass-Steagall, es decir, de la mezcla letal entre banca comercial y banca de inversión que en Europa ni siquiera se llegó a cuestionar.

Creo que este es el enfoque con el que se debe partir a la hora de tratar la regulación de la obligación de evaluar la solvencia. El prestamista debe ser libre de asumir riesgo. En ello reside la esencia del negocio bancario. Pero como cualquier empresario que arriesga, las consecuencias negativas deben también ser asumidas por el prestamista sin que el mismo pueda fácilmente propagarse a terceros. La clave es cuáles deben ser estas consecuencias ¿Deben traducirse

solo en sanciones en el marco de la supervisión bancaria (regulación en materia de provisiones bancarias, multas)? ¿Deben afectar al contrato celebrado con el cliente bancario? De poco vale una regulación de evaluar la solvencia si la ley habilita a las entidades financieras refinanciar las hipotecas de alto riesgo a través de los certificados de transmisión de hipotecas incluidas en fondos de titulización de activos (art. 18 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre de Medidas de Reforma del Sistema Financiero), permitiendo que tales préstamos no cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Mercado Hipotecario (LMH) en relación con la ratio *loan to value (LTV)* para refinanciar los préstamos a través de valores hipotecarios (bonos, cédulas o participaciones hipotecarias.

Una regulación sobre la obligación de evaluar la solvencia no puede ser eficiente si otras normas del sistema no constituyen un incentivo positivo a su cumplimiento. Por ello, el enfoque del problema debe ser global y no solo debe atenderse al régimen jurídico particular de tal obligación. Una regulación adecuada del mercado secundario y un supervisor bancario que haga su trabajo son complementos indispensables.

Si se opta por permitir la fusión entre banca comercial y banca de inversión, ello es a cambio de mayor regulación. De hecho, en Europa tal separación nunca se estableció, aunque la regulación del sistema financiero fue mayor en materia de requerimientos de capital. Europa suele «contagiarse» de los excesos provocados por la desregulación en el sistema financiero de EEUU, aunque en Europa también los haya habido. Lo que está claro es que, en un mercado financiero globalizado, cualquier medida puede afectar a la competitividad, por lo que la separación de banca comercial y de inversión hoy parece que está lejos de plantearse. Las medidas paliativas tienen que ser globales, pues el mayor riesgo es el efecto sistémico que pueden tener los excesos en la evaluación del riesgo una vez que se parte de la premisa —parece que ineludible— de que las entidades financieras deben obtener rentabilidad como inversores.

Creo que estos antecedentes son necesarios a la hora de valorar las reformas emprendidas y sugerir las que deben implantarse. No se debe perder de vista lo que ha sucedido. Postular reformas cuya eficacia depende del supervisor bancario no supone un avance, sino «más de lo mismo».

II. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y TIPOS DE RIESGO DE CRÉDITO

La asunción de riesgos es parte inherente a la actividad bancaria ordinaria. La regulación de la obligación de evaluar la solvencia no puede conducir a desnaturalizar la esencia del negocio bancario, exigiéndose que el prestamista contrate a riesgo «0». Los prestamistas no tienen más remedio que asumir riesgos

y lo hacen con recursos procedentes de los depósitos de sus clientes, quienes no pueden controlar su actividad.

El prestamista debe ser el primer interesado en que el deudor sea solvente y para ello hay que regular la obligación de evaluar la solvencia de forma que el prestamista sea el que efectivamente asuma las consecuencias del incumplimiento de tal obligación[14]. De ahí la necesidad de que se controle la posibilidad de la transferencia del riesgo a terceros a través del mercado secundario (bonos y cédulas hipotecarias).

Deben así mismo, ponerse obstáculos a la posibilidad de externalizar a otros sujetos (buenos pagadores) los costes derivados del riesgo de impago. En el modelo de negocio agresivo de préstamo de alto riesgo y alta rentabilidad que ha desencadenado esta crisis, tales costes eran pérdidas esperadas que eran superadas por los beneficios compensatorios obtenidos en forma de subidas de tipos de interés y altas comisiones que pagaban incluso los «buenos pagadores»[15]. Por eso se ha prestado mal «a propósito»[16], porque se ganaba más dinero prestando mal que prestando bien. Y ello por ausencia de mecanismos disuasorios en el ámbito sancionador de la obligación de evaluar la solvencia. Además, en el caso de España, la posibilidad de externalizar los costes de los impagos a los buenos pagadores viene favorecida por un deficiente sistema de información crediticio que tolera asimetrías de información en la medida que los prestamistas no comparten a los *bureaus de crédito* información positiva de sus clientes, lo cual restringe la competencia entre entidades e impide un ajuste del coste crediticio a la prima de riesgo real de los clientes[17]. A este déficit de nuestra regulación me referiré posteriormente[18].

Los peligros del préstamo de alto riesgo se evidencian si se parte de que el sistema financiero opera con base en el privilegio de reserva fraccionaria, que facilita el denominado «descalce de plazos» (*maturity mismatches)*: la entidad se endeuda a corto, pero invierte a largo plazo (hipotecas a 30 años), estrategia que puede favorecer una crisis de liquidez que termine siéndolo de solvencia. De hecho, este efecto es el que ha provocado la necesidad de rescate con dinero público de algunas entidades financieras. El tamaño de la entidad financiera, fruto de una concentración bancaria cercana al oligopolio propia de un mercado financiero poco competitivo como es el español, favorece que este rescate se produzca fruto de la regla *«too big to fail»*. No cabe duda de que, si los excesos de las entidades se compensan con rescates con dinero público, el resultado es que se generan situaciones de riesgo moral.

No es el préstamo hipotecario[19] ni el funcionamiento del mercado hipotecario en sí mismos los que deben ser cuestionados, sino, como he señalado, la mala praxis de los operadores del mercado. Por ello, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia debe ser abordada desde una doble perspectiva: desde el ámbito de la supervisión bancaria y desde el ámbito de la relación contractual con el cliente bancario. No bastan sanciones administrativas. Es preciso

que se incorporen sanciones de Derecho privado, pero al mismo tiempo ha de salvaguardarse la esencia del negocio bancario.

La intervención pública de la actividad bancaria a través del supervisor (Banco de España y ahora el Banco Central Europeo)[20] se justifica por el ya mencionado riesgo sistémico de las crisis bancarias.

En el marco de la actividad supervisora es donde se ha enmarcado tradicionalmente la obligación del prestamista de evaluar la solvencia. Un mecanismo de control y gestión del riesgo que en ningún caso puede hacer pensar que sirve para evitarlo pues, como he dicho, este es connatural al negocio bancario.

El riesgo de crédito, es decir, la posibilidad de que el prestatario incumpla con las obligaciones asumidas con el prestamista, puede deberse a falta de *capacidad de pago* o a falta de *voluntad de pago*[21]. La primera se mide de acuerdo con la entidad de patrimonio del deudor y el pasivo ya asumido por este. La incapacidad de pago puede ser inicial, presente ya en el momento de la concesión del préstamo, o sobrevenida por el acaecimiento de circunstancias (paro, divorcios, enfermedades) imprevisibles e inevitables, que llevan al deudor a situación de insolvencia con incumplimiento generalizado de sus obligaciones. Este último supuesto no puede ser valorado ni medido por el prestamista y, por ello se ha dicho que la incertidumbre es el principal obstáculo del mercado de crédito[22]. Poco puede hacer el departamento de riesgos de una entidad para evitar que tales circunstancias sobrevengan, salvo que las mismas fueran ya previsibles en el momento de la concesión del préstamo. Por lo tanto, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia no es un instrumento hábil para solucionar los problemas que se derivan del *sobreendeudamiento pasivo*.

En lo que se refiere a los casos de incumplimiento por falta de voluntad de pago, la misma se puede valorar en cierta medida a través de los ficheros de solvencia patrimonial, es decir, a través del comportamiento de pago pasado, pero siendo este relevante, aun habiendo sido este comportamiento negativo, puede no ser decisivo si el mismo se ha producido por circunstancias exógenas.

La regulación de la obligación de evaluar la solvencia actúa como mecanismo de prevención del riesgo de crédito en los casos de falta de *capacidad de pago* en el momento de la concesión del préstamo. Esto significa que el adecuado cumplimiento de tal obligación no previene todos los supuestos de riesgo de crédito y, por lo tanto, no todo incumplimiento de la obligación por parte del prestatario implica que el prestamista incumplió sus obligaciones de préstamo responsable, en el sentido de realizar una adecuada valoración de la solvencia. *Solo cuando el deudor deviene insolvente por consecuencia de una incapacidad de pago ya presente o previsible en el momento de la concesión del préstamo* podría cuestionarse la actuación del prestamista en este terreno. Por otro lado, y como justificaré seguidamente, una irregular o inexistente evaluación de la solvencia que no genera situaciones de incumplimiento, tam-

poco debería tener consecuencias si se quiere preservar la esencia del negocio bancario.

III. EVALUACIÓN DE LA SOLVENCIA Y SUPERVISIÓN BANCARIA

La obligación de evaluar la solvencia inicialmente se reguló en el marco de la supervisión bancaria y no como mecanismo de protección del cliente bancario, al menos de forma directa[23]. La supervisión administrativa de las entidades financieras va dirigida a generar confianza en el sistema y a garantizar la solvencia, lo que mediata e indirectamente beneficia al consumidor dado el interés público en el correcto funcionamiento del sistema financiero. Por lo tanto, las normas internas de control de riesgos de las entidades financieras en el marco de la normativa de supervisión no van dirigidas directamente a la protección de los deudores, sino a garantizar la solvencia de la propia entidad, lo cual —insisto— tiene (teóricamente) un impacto indirecto en la sociedad en general que dispone de este modo de un sistema financiero sano[24].

Sin embargo, si algo ha puesto de manifiesto la crisis financiera actual es la ineficiencia del planteamiento de dejar solo en manos del supervisor el control del sistema financiero y mucho menos la tutela del consumidor. Los organismos supervisores no han actuado[25]. Y ello tiene cierta lógica —aunque no justificada— porque las infracciones de la regulación son sancionadas[26], principalmente con multas, que pueden comprometer la solvencia de las entidades, que a su vez son impuestas por la entidad que pretende garantizar su solvencia.

A pesar del fracaso de este modelo, se ha insistido en el mismo tras la crisis financiera[27]. La regulación más estricta en materia de requerimientos de capital (marco regulador Basilea III)[28] teóricamente supone un estímulo positivo al correcto cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia por parte de las entidades financieras. Se establecen, entre otras medidas[29], requerimientos mínimos de capital regulatorio, que garanticen la solvencia. Se trata del capital mínimo que debe tener una entidad para ser considerada como viable en función de activos ponderados por riesgo[30]. Además, se establecen unos «colchones de capital» de forma que las entidades cuenten con recursos propios en cantidad suficiente para cubrir eventuales pérdidas futuras. Así mismo, la normativa contable[31] y principios de valoración tienden a asegurar la adecuada valoración de los recursos propios y los activos en balance. En la actualidad esta normativa se contiene en la Ley 10/2014, de 26 de junio de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito[32] (en adelante, LOSS).

En definitiva, se trata de generar estímulos para que las entidades evalúen correctamente el riesgo crediticio. Las entidades tienen *libertad operativa y pueden contratar*, pero se vigila especialmente la valoración de los activos y la existencia de un nivel de recursos propios acorde al riesgo incurrido por

las entidades. Cuantos más riesgos asuman mayores serán los requerimientos de capital y menos recursos dispondrán para prestar y obtener rentabilidad. El incumplimiento de la regulación en materia contable y de requerimientos de capital será sancionado por el supervisor (arts. 96 y siguientes Ley 10/2014) centrado básicamente en multas y en la revocación de autorización de la entidad.

Pero, como he dicho, esta regulación no va dirigida directamente a la protección del cliente bancario, por lo que no establece consecuencias en el ámbito del Derecho privado[33] que puedan tener impacto en la relación contractual del prestamista con el cliente cuando se ha concedido un préstamo de forma irresponsable. De hecho, hasta la fecha las normas de ejecución hipotecaria[34], han sido especialmente generosas con la posición del acreedor, sin que la conducta de este tuviera ningún tipo de impacto o pudiera ser un freno a la ejecución. Lo mismo cabe decir de la regulación concursal. Hasta la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, el deudor persona física respondía con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del Código Civil), sin que el acreedor tuviera límites a la ejecución lo cual suponía un estímulo positivo al préstamo irresponsable y a la ausencia de evaluación correcta del riesgo crediticio. Ya lo advirtió el Banco Mundial: «los acreedores que saben que sus deudores tienen acceso a una «salida de emergencia» tienen también incentivos para adoptar prácticas más cuidadosas en la concesión de crédito[35]. La exoneración del pasivo insatisfecho para el deudor insolvente de buena fe constituye un estímulo favorable al préstamo responsable, estímulo que no ha entrado en el Derecho español hasta el año 2015[36]. La ausencia de este remedio en los años en los que se ha gestado la crisis, ha supuesto un incentivo al préstamo irresponsable.

IV. LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA Y TUTELA DEL CLIENTE BANCARIO.

1. La regulación en el Derecho español.

1.1. Normativa estatal

En España no existía una regulación de la obligación de la solvencia del deudor cuyo objetivo fuera la tutela del cliente bancario. Será el artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES)[37] el primer texto que, aparentemente, incide en este ámbito. Es aplicable, con carácter general, a todo tipo de préstamos o créditos, en el marco de normas de conducta, y se limita a establecer el principio de préstamo responsable, pero sin abordar una regulación concreta remitiéndose a un posterior desarrollo normativo. Si

algo, como veremos, caracteriza la regulación sobre el préstamo responsable es su laxitud e indefinición.

El precepto va dirigido a las entidades de crédito quienes deben evaluar la solvencia del potencial prestatario (no se alude específicamente a consumidores), antes de la celebración del contrato, sobre la base de información *suficiente*. Parece considerarse suficiente, la aportada por el cliente y la que consta en los ficheros de solvencia patrimonial de acuerdo con la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal[38]. Con todo, la enunciación es vaga pues se limita a señalar que *dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos*. En relación con cómo pueden las entidades proceder a la evaluación de la solvencia, deberán aplicarse las normas internas sobre gestión de riesgos y control interno aplicables a las entidades de crédito según su regulación específica[39].

En el último párrafo del artículo 29.1 LES se añade un aspecto relevante en el sentido de considerar responsable el crédito no solo cuando se evalúa la solvencia, sino también cuando el préstamo se adecúe a los intereses, necesidades y situación financiera de los consumidores[40]. Esta necesidad de ajuste del producto a los intereses, sin embargo, no se recoge, como veremos en la normativa de desarrollo. Este aspecto recuerda a la evaluación de conveniencia en el ámbito del servicio de asesoramiento en materia de gestiones o de inversión de carteras[41]. No hay efecto legal para el caso de que el deudor sea solvente pero el préstamo «no se ajuste a sus intereses o necesidades». Se trata de deberes de información que, a mi juicio, son de distinto alcance de la obligación estricta de evaluar la solvencia.

En el artículo 29.2 LES (hoy derogado por la LOSS[42]) se facultaba al Ministerio de Economía para que aprobara normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en las relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras en los préstamos hipotecarios y del crédito al consumo.

En relación con la previsión de dicha regulación, el artículo 29.1 LES dispone que «adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad».

Por lo tanto, a los principios generales en materia de préstamo responsable contenidos en la LES aplicable a todo prestatario, se adiciona y solapa la regulación específica para los contratos de préstamos y créditos a consumidores.

La previsión normativa contenida en la LES concluía con una mención contenida en el último párrafo del artículo 29.2 que, como he dicho hoy está derogada, y que tiene incidencia relevante. Así, se señalaba que «*lo previsto en*

este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela». Esta mención aclaraba que la libertad contractual se preservaba, al margen de las eventuales consecuencias que se pudieran derivar del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Tales incumplimientos no tenían como consecuencia la prohibición de contratar.

La misma idea se encuentra recogida en el segundo texto que aborda una regulación de la obligación de evaluar la solvencia contenida que es el artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios[43] (en adelante, OTSB), dictada en ejecución del mandato de desarrollo contenido en el artículo 29.2 LES. Así, el artículo 18.6 OTSB, señala que «*la evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes*»[44].

El precepto de desarrollo da un paso más en relación con lo que disponía el artículo 29.2 LES, puesto que no solo reafirma la libertad de contratación aclarando que no hay prohibición de contratar a pesar del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, sino que señala que la entidad financiera no será responsable del incumplimiento de las obligaciones por parte de los clientes. Hay que entender que se refiere al incumplimiento de los clientes fruto de una concesión irresponsable de crédito y no por otras circunstancias. Este precepto es, a mi juicio, clave para entender el alcance que en el Derecho español tiene la obligación de evaluar la solvencia del deudor, que cabría interpretar que carece de efectos en la relación contractual de la entidad con el prestatario. Este se verá obligado a cumplir el contrato con todos sus bienes presentes y futuros, incluyendo tanto el pago del capital como los intereses moratorios y remuneratorios.

Se ha dicho que este artículo 18.6 OTSB ha perdido el soporte legal tras la derogación del artículo 29.2 LES y cierra la posibilidad de interpretar que «la obligación de evaluar al cliente no tiene efectos contractuales»[45]. El hecho de que la norma contenida en el artículo 29.2 LES no se haya trasladado a la Ley 10/2014 (LOSS), a mi juicio, no priva de soporte legal al artículo 18.6 OTSB. Efectivamente, el art.5 de la LOSS dirigido a regular la protección del cliente bancario, reproduce en su mayor parte el texto del artículo 29.2 LES, habilitando al Ministerio de Economía y Competitividad para dictar normas en relación con la comercialización de préstamos o créditos[46]. No aborda una regulación concreta, sino que se limita a hacer una remisión a una regulación posterior sobre determinados extremos relacionados, entre otros, con la obligación de evaluar

la solvencia. La salvaguarda a la libertad contractual se hace exclusivamente respecto a los índices o tipos de interés de referencia, pero ello no significa que el artículo 18.6 de la OTSB carezca de soporte legal.

La libertad contractual se presupone, salvo que resulte vetada por una norma especial, con rango legal, que por el momento no existe en el Derecho español. El artículo 18.6 OTSB se limita a aclarar que no hay sanciones en el ámbito contractual (algo propio cuando se trata de normativa sectorial) y prueba de ello es que, como veremos, las sanciones que se imponen al incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia siguen centrándose en el terreno de la supervisión bancaria, siendo sanciones administrativas. Se trata de normas de conducta dirigidas a establecer criterios de actuación de las entidades financieras controlables por el supervisor financiero, sin consecuencias en el ámbito del Derecho privado. Se tutela el interés general encomendado a la autoridad pública y no el interés particular del cliente bancario en la relación contractual específica. Por ello, las sanciones impuestas por su incumplimiento son administrativas.

Así, el artículo 14 OTSB dispone que «lo previsto en esta orden tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en los artículos 1.5 y 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y su incumplimiento se sancionará de acuerdo con lo previsto por la propia Ley 26/1988, de 29 de julio[47]. El incumplimiento de lo previsto en esta orden se sancionará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, en los casos en los que la misma les resulte de aplicación. Tal regulación prevé sanciones administrativas con nulo impacto en la relación contractual con el consumidor. Queda a salvo la libertad contractual y su incumplimiento no puede en ningún caso exonerar al cliente de la obligación de restituir el capital y los intereses.

Al margen de lo dispuesto en relación con la libertad contractual, el artículo 18 OTSB desarrolla con más detalle el contenido de la obligación de evaluar la solvencia. La entidad deberá ajustarse a la normativa específica sobre gestión de riesgos y control interno aplicable a las entidades de crédito, si bien se especifica que la entidad debe tener en cuenta la situación de empleo, ingresos, patrimonial y financiera del cliente, para lo cual, la variabilidad de ingresos, el historial de crédito que consta en la Central de Información de Riesgos del Banco de España y los ficheros de solvencia patrimonial[48]. Destaca en este punto que la consulta del historial crediticio no es potestativa, sino obligatoria. Es más explícita en este punto la OTSB que el artículo 29 LES que se limitaba a señalar que la información *podrá incluir* la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos.

Si la denegación del préstamo obedece al resultado de la consulta de ficheros de solvencia patrimonial, la entidad debe informar de tal extremo al cliente (art. 18. 5 OTSB).

Así mismo, la entidad debe valorar el escenario de que cliente se jubile durante la duración de la vida del préstamo, debiéndose tener en cuenta el nivel de ingresos a percibir tras la jubilación, así como respecto de todo cliente, la afectación de la variación de los tipos de interés sobre la capacidad de pago del cliente.

En relación con los préstamos hipotecarios o con otras garantías reales, la valoración de las garantías tiene que ser prudente mediante procedimientos que eviten conflictos de interés. Este extremo se refiere a la vinculación entre la entidad concedente del crédito y la empresa responsable de hacer la tasación[49]. No menos importante es la previsión contemplada en el artículo 18.3 OTSB en relación con la necesidad de que, a los efectos de la concesión de un préstamo con garantía real, la evaluación de la solvencia se centre en la capacidad de reembolso del cliente y no en el valor esperado de la garantía.

El artículo 18 OTSB es a su vez desarrollado por la norma duodécima de la Circular 5/2012, de 27 de junio del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de crédito[50], que reitera en su último párrafo la regla de la libertad de contratación: «lo indicado en el párrafo anterior deberá entenderse sin menoscabo de la libertad de contratación a que se refiere el apartado 6 del artículo 18 de la Orden, de la plena validez y eficacia de los contratos, y de la plena responsabilidad de los clientes por el incumplimiento de las obligaciones que contractualmente hubieran asumido».

El capítulo III contiene normas específicas de transparencia en relación con los contratos de préstamo hipotecario, sin que se aborde una regulación específica de la obligación de evaluación de la solvencia en este terreno, al margen de lo señalado en el artículo 18 OTSB.

En el ámbito estricto de los contratos con consumidores[51], la obligación de evaluar la solvencia aparece regulada en la Ley 16/2011, de 24 de junio de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC) que transpone la Directiva 2008/48 CEE de crédito al consumo (en adelante, DCC). En virtud de lo dispuesto en el artículo 33 OTSB en el ámbito de los contratos de crédito al consumo amparados por la LCC, la OTSB se aplicará subsidiariamente en relación con los aspectos no regulados por la norma especial.

El artículo 14 de la LCC[52] aborda una regulación de la obligación de evaluar la solvencia con la misma laxitud e indefinición que la LES, indefinición que se reproducía en la DCC. El prestamista (que no necesariamente tiene que ser entidad financiera)[53] debe evaluar la solvencia con base en «información suficiente», obtenida por «medios adecuados», que no son otros que la información facilitada por el consumidor y los ficheros de solvencia patrimonial que ni siquiera tiene el prestamista obligación legal de consultar. Dada la aplicación de la OTSB (art. 33), entiendo que esta obligación existe, por virtud de lo dispuesto en el artículo 18.a).2 que establece la obligación de consultar el historial crediticio del cliente.

Como particularidad digna de mención está la obligación del prestamista de volver a evaluar la solvencia del consumidor cuando se modifique *significativamente* el importe total del crédito. Ninguna pauta se da sobre lo que es cambio significativo.

Sí establece la LCC un régimen sancionador para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia en el artículo 34, siendo distintas las consecuencias en función de que el prestamista sea o no entidad de crédito. El párrafo segundo del artículo 34.1 LCC dispone que «el incumplimiento de las disposiciones relativas a la información previa al contrato, según establece el artículo 10, y la obligación de evaluar la solvencia del consumidor prevista en el artículo 14, *siempre que no tengan carácter ocasional o aislado*, se considerarán como infracciones graves, pudiendo ser en su caso consideradas como infracciones muy graves atendiendo a los criterios previstos en el artículo 50 del citado Texto Refundido (de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), que suponen multas impuestas por la Administración pública[54]. Por su parte, el artículo 34.2 LCC dispone que «*en el caso de entidades de crédito, se considerarán normas de ordenación y disciplina las disposiciones contenidas en el capítulo I exceptuado el artículo 5, en el capítulo II, en el capítulo III exceptuado el apartado 1 del artículo 15, en el capítulo V, en el capítulo VI exceptuado el apartado 2 del artículo 33, en los artículos 16 a 20 y en el artículo 35 de la presente Ley. Su incumplimiento, siempre que no tenga carácter ocasional o aislado, será sancionado como infracción grave, de acuerdo con lo previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*». La referencia debe entenderse a la Ley 10/2014 LOSS, cuyo artículo 98 establece la sanción de multa a las sanciones graves[55]. El incumplimiento de los deberes legales de préstamo responsable no afecta a la libertad contractual preservada, como se ha señalado, en el artículo 18.6 de la OTSB. No se impide al prestamista contratar a pesar de que el test de solvencia sea negativo[56]. Como se indica en la Exposición de Motivos, «*si bien la realización de esta evaluación es obligatoria siempre, su alcance queda a criterio del prestamista en función de la relación comercial entre este y su cliente*». La sanción al préstamo irresponsable en el ámbito de la LCC es la sanción administrativa[57], la cual, a mi juicio, no es ni efectiva, ni disuasoria tal y como exige el artículo 23 de la Directiva de crédito al consumo.

De hecho, el TJUE ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las sanciones por préstamo irresponsable en el ámbito del crédito al consumo en la Sentencia de 27 de marzo de 2014 (asunto C-565/12), que interpreta la legislación francesa que priva al prestamista del derecho a cobrar intereses remuneratorios[58] cuando ha incumplido su obligación de evaluar la solvencia. No obstante, tal sanción no impedía al prestamista cobrar los intereses de demora (interés legal incrementado en cinco puntos) previstos en el artículo 1153 del Código Civil francés. De esta forma, los intereses que pierde el prestamista

son inferiores a los que obtiene por consecuencia de la mora del deudor. La cuestión prejudicial se plantea porque el tribunal que la insta duda acerca de la conformidad de tal regulación con la DCC, que exige que las sanciones sean disuasorias, efectivas y proporcionadas. El TJUE en la sentencia citada declara que tal sanción no es disuasoria, porque los importes que puede efectivamente percibir el prestamista como consecuencia de la aplicación de la sanción de privación de los intereses no son significativamente inferiores a aquellos a los que podría tener derecho si hubiera cumplido su obligación de evaluar la solvencia del prestatario.

Pues bien, en el Derecho español, el prestamista tiene derecho a cobrar, en caso de incumplimiento por el deudor, todo el capital y todos los intereses. El Juez no puede valorar el cumplimiento o no de los deberes de préstamo responsable. La vía que le queda al consumidor es el procedimiento para que se imponga la sanción administrativa. El interés en instarlo es mínimo dado el nulo impacto que tiene en sus obligaciones contractuales, aparte de las dificultades de prueba del incumplimiento de la entidad. Por ello, en la mayoría de los casos el resultado será la impunidad tal y como hemos podido comprobar en la actual crisis financiera. Por ello creo que la sanción administrativa no es disuasoria[59].

En definitiva, la regulación vigente de la obligación de evaluar la solvencia en el Derecho español, puede calificarse de dispersa en normas de distinto rango, farragosa, descoordinada, y compleja, algo que dificulta su aplicación práctica. Como acertadamente se ha dicho, la experiencia enseña que la legislación complicada y excesivamente farragosa en cuanto a obligaciones formales que impone, acaba no aplicándose o aplicándose mal, con lo que pierde su virtualidad, y además, normalmente, exige mayores gastos, que acaba pagándolos siempre el consumidor[60].

Aunque se trate de una regulación que afecta a las relaciones con el cliente bancario, siguen manteniendo el mismo régimen que la normativa puramente supervisora, es decir, tienden más a proteger la solvencia de la propia entidad que a tutelar los intereses de los consumidores. El consumidor no puede alegar la evaluación incorrecta de su solvencia en su relación contractual con el prestamista, no pudiendo exigir compensación alguna o alegar vicio en la celebración del contrato[61].

2. La Directiva 2014/17, de 4 de febrero

La Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014[62] (en adelante DCH), al igual que ya hiciera la DCC, aborda una regulación específica de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia con el objeto de proteger a los consumidores[63]. Se define como la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito (art. 4.

17 DCH). La normativa en materia de evaluación de la solvencia en la DCH es más desarrollada y distinta de la contenida en la DCC[64]. Las diferencias entre ambas regulaciones son sorprendentes y, a mi juicio, carentes de justificación en algunos aspectos. El planteamiento de la obligación de evaluar la solvencia debería ser el mismo en el terreno de los principios, por más que en el ámbito hipotecario cuente con especificaciones propias de sus particularidades[65].

La interpretación de la DCH requiere valorar con carácter previo cuál es su finalidad. Se trata de «facilitar la emergencia de un mercado interior con un funcionamiento satisfactorio y un elevado grado de protección de los consumidores en lo que respecta a los contratos de crédito para bienes inmuebles, y para garantizar que los consumidores que busquen celebrar tales contratos puedan hacerlo con la confianza de que las entidades con las que entablen relación se comportan de manera profesional y responsable» (considerando 5). El objetivo es, pues, conseguir «un nivel elevado de protección de los consumidores» (considerando 6). No se trata, a mi juicio, como en las normas de conducta y transparencia bancaria con objeto de proteger solo un interés general, sino que la DCH da un paso más y es la necesidad de tutelar el interés particular de los consumidores. Por ello no creo, como se ha dicho, que la DCH contenga solo normas de conducta o deberes de actuación que los Estados miembro deban imponer a los prestamistas e intermediarios financieros constituyendo Derecho público económico[66]. La protección del consumidor, objetivo último de la DCH, implica, a mi juicio, que sus consecuencias exceden del ámbito las normas prudenciales y debe implicar también medidas en el orden contractual, pues poca protección al consumidor se brinda cuando el incumplimiento de las obligaciones que la norma impone a los prestamistas solo es objeto de sanciones administrativas, con nulo impacto en la esfera contractual del consumidor. Es más, entiendo que se vulneraría la DCH cuando un Estado dicta normas de protección del consumidor frente a cuyo incumplimiento solo caben sanciones administrativas[67]. La DCH contiene normas de conducta (art 7 DCH), *pero no solo normas de conducta.* Se traslada el concepto de préstamo responsable, al igual que ya hiciera la DCC, desde el Derecho de supervisión a las normas de protección de consumidores[68]. Este cambio de perspectiva no sería real si las sanciones por incumplimiento de tales deberes son los mismos que si se trata de normas de supervisión.

De hecho, en el Considerando 83 se dispone que «*los Estados miembro pueden decidir que ciertos aspectos contemplados en la presente Directiva, como la evaluación de la solvencia del consumidor, se transpongan al Derecho nacional mediante normativa prudencial, mientras que otros, como la obligación de los prestatarios de actuar de manera responsable, se transpongan por medio del Derecho civil o del Derecho penal*». La obligación de evaluar la solvencia se pone como ejemplo, y entiendo que la referencia solo a los prestatarios también. La actuación de los prestamistas también puede ser censurada desde el ámbito contractual. Entender lo contrario, supone que no hemos avanzado nada respecto

de la regulación anterior a la crisis financiera en la que también eran normas prudenciales las que regulaban la concesión de préstamos, controladas por un supervisor bancario que no actuó. Las normas deben ser interpretadas de acuerdo con su finalidad que no es otra, en el ámbito de la DCH que la protección de los consumidores. Las normas prudenciales, como he dicho, protegen la solvencia de la entidad y, mediatamente, a los consumidores al fomentar la estabilidad del sistema financiero, pero no van dirigidas directamente a tutelar los intereses de estos[69]. Es, por ello, clara la vinculación económica de la estabilidad y solvencia del sistema financiero como interés público con una exigencia protectora del interés privado. Pero, a mi juicio, si lo que se quiere proteger directamente es el interés de los consumidores, no bastan normas prudenciales, de transparencia bancaria controlables por un supervisor. De hecho, como es sabido, las resoluciones del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, no son siquiera vinculantes para las entidades[70].

Pues bien, la clave es el mecanismo sancionador y este es dejado en manos de los Estados miembro que deben establecer por el incumplimiento de las disposiciones nacionales que transpongan la DCH. Lo que, a mi juicio, es claro es que la DCH no prejuzga si ese mecanismo sancionador debe ser a través de normativa prudencial o de derecho privado[71]. Basta que las medidas sean *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (art. 38 DCH). Entiendo, que las sanciones administrativas establecidas de la mano de legislación prudencial no son ni efectivas, ni proporcionadas, ni disuasorias. Y ello por su falta de eficacia práctica, tal y como se ha evidenciado en esta crisis financiera. El supervisor puede no actuar, y tampoco el consumidor tiene estímulo a poner en marcha el mecanismo sancionador, en tanto que no tiene repercusión en el contrato que media con la entidad financiera. Si la irresponsabilidad en la concesión del préstamo no tiene repercusión ni en el procedimiento de ejecución singular, ni colectivo (concurso de acreedores), el deudor no tiene ningún incentivo a poner en marcha tal mecanismo sancionador, sobre todo, en casos en los que se encuentra en situación de insolvencia.

El último inciso del Considerando 21 podría hacer pensar que la transposición de la DCH solo puede y debe hacerse desde la normativa prudencial y de transparencia. Así, se señala que «*la presente Directiva no debe afectar a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo, a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, en la medida en que esos aspectos generales del Derecho contractual no estén regulados en la presente Directiva*». Desde el momento en el que la DCH no entra en el terreno sancionador, es obvio que el Derecho contractual privado no se ve directamente afectado por ella. Pero ello no significa que su transposición no pueda afectar al Derecho privado. Lo que pasa es que en este terreno no hay armonización. De hecho, veremos cómo la transposición que de la DCH se ha hecho en algunos países, se ha llevado a cabo desde el Derecho privado. La DCH es de mínimos

y nada impide que los Estados entren en el ámbito contractual. Yo voy más allá: o se entra en el ámbito contractual o no se habrá avanzado nada en este terreno. La protección del consumidor solo puede tutelarse directamente (no como mero reflejo de la tutela pública de la estabilidad del sistema financiero), desde su propio contrato celebrado con la entidad financiera.

Entrando en la regulación concreta abordada por la DCH, y en lo que se refiere a su ámbito subjetivo, se centra en el consumidor, definido en el mismo sentido que la DCC a la que se remite (art. 4.1. DCH): toda persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o empresarial. Respecto al prestamista, lo será la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito garantizado por una hipoteca o por otra garantía comparable utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, en el ejercicio de su actividad comercial o profesional (art. 4.2 DCH). También se imponen específicos deberes a los intermediarios de crédito definidos en el artículo 4.7 DCH. A ellos no me referiré por no verse afectados por la obligación de evaluar la solvencia.

Desde el punto de vista objetivo, la DCH se aplica a los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizado en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un inmueble de uso residencial y los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir (art. 3DCH). El inmueble afectado no tiene por qué ser vivienda habitual. La clave es que la garantía recaiga sobre un inmueble destinado a uso residencial (apto para residir), al margen de que el préstamo se haya concertado o no para su adquisición. Por lo tanto, el préstamo solicitado por un empresario destinado a su actividad profesional se verá afectado por esta regulación si el bien dado en garantía es un bien destinado a uso residencial.

El capítulo sexto de la DCH se dedica a la evaluación de la solvencia, definida con carácter previo en el artículo 4.17 como la «*evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito*». El artículo 18 DCH se dedica específicamente a regular dicha obligación y el artículo 19 se refiere a la tasación de inmuebles. Por último, se atiende a la información que debe tener en cuenta el prestamista para efectuar la evaluación de la solvencia (art. 20) y el acceso a las bases de datos de información crediticia, públicas o privadas. Adelanto ya que no se prevé en la DCH sanción específica para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia, siendo aplicable el artículo 38 DCH que se remite a la regulación que en su caso lleven a cabo los Estados miembro, imponiendo como único límite el que estas sanciones deben ser «*efectivas, proporcionadas y disuasorias*».

Por su parte, el artículo 7.3 DCH establece los principios que deben seguirse en la remuneración de los responsables de la evaluación de la solvencia, de

forma que esta no dependa de las solicitudes aceptadas, de forma que no se incentive la asunción de riesgos.

El obligado a evaluar la solvencia es el prestamista y no el intermediario de crédito (art. 18.1 DCH). No se especifica de manera expresa que la evaluación deba extenderse a los garantes, tan solo se refiere a los consumidores. Si los fiadores son consumidores, la evaluación considero que debe extenderse a estos por más que no se haga referencia expresa en el texto de la DCH. Pueden verse finalmente obligados al cumplimiento de la obligación principal y, por ello, la evaluación de la solvencia debe extenderse a ellos[72], a pesar de la falta de mención expresa en la DCH.

Si algo caracteriza a la regulación europea es la indefinición y la escasa armonización que con la misma se va a lograr. Está plagada de conceptos jurídicos indeterminados y solo en aspectos muy concretos se impone la armonización (art. 2.2 DCH)[73]. El sistema diseñado por la DCH, al igual que ya sucediera con la DCC, se produce más en el terreno de los principios que en el de medidas concretas y efectivas. Prueba del tono vago que se emplea es la norma contenida en el artículo 28.1 DCH que dispone que «*los Estados miembro adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*». La norma no puede ser más desafortunada y no sé cómo se va a traducir en un precepto legal el «nivel de tolerancia» exigible y que pasará con el prestamista «intolerante» que decida ejecutar el derecho de crédito del que legalmente es titular.

En cuanto a los factores a tener en cuenta en la evaluación, serán los «pertinentes»[74], remitiéndose a la regulación de los Estados miembro. Tampoco se especifica cómo debe realizarse la evaluación ni la información en la que debe basarse la misma[75]. Ni siquiera se establece la obligación de los prestamistas de consultar bases de datos de solvencia patrimonial. Los requerimientos de la DCH son sin duda, discretos.

Una de las opciones de regulación de la obligación de evaluar la solvencia que facilita la verificación de su cumplimiento[76] es el establecimiento de ratios de préstamo-valor (*loan to value*) y préstamo-ingresos (*loan to income*). En el Considerando 55 se alude a esta cuestión dejando al criterio de los Estados miembro la decisión de incorporarlos a su regulación. A mi juicio, debería haberse avanzado en este terreno y haber impuesto ciertos límites, pudieran ser excepcionados en determinadas circunstancias. La regulación española no pone límites en este terreno[77].

Tampoco se establece la obligación del prestamista de entregar documento escrito sobre los criterios tenidos en cuenta[78], ni la información que se ha valorado a la hora de hacer la evaluación. Este aspecto es relevante[79], porque de nada vale establecer esta obligación si luego no es fácil valorar su grado de cumplimiento por falta de prueba. Además, tal prueba documental protegería la posición de los prestamistas en cuanto a la demostración del adecuado

cumplimiento de la obligación. Como señalaré posteriormente, la regulación autonómica sí ha tenido en cuenta este extremo.

Como no podía ser de otra manera, sí se señala de manera expresa que debe tenerse en cuenta la capacidad de reembolso del deudor y que la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor del bien inmueble (art. 18.3 DCH), norma ya contenida en el artículo 18.3 OTSB. También se deja a criterio de cada Estado miembro la decisión de los costes o la gratuidad del proceso de evaluación (art. 13.1.l DCH).

3. El incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia

3.1. Naturaleza

La obligación de evaluar la solvencia exige valorar la capacidad del consumidor para atender a sus obligaciones en virtud del contrato de crédito. El mercado de crédito opera con información asimétrica por lo que no es posible exigir al prestamista la certeza acerca de la capacidad de pago del deudor. Desde este punto de vista, puede considerarse una obligación de medios[80]: el prestamista debe hacer todo lo posible, con base en su diligencia profesional, por asegurarse de que el prestatario tiene capacidad de pago para reembolsar el préstamo. No es un resultado exigible al prestamista que efectivamente el cliente cumpla con sus obligaciones.

No obstante, desde otra perspectiva, la realización de todas las operaciones necesarias para comprobar la capacidad de pago del prestatario puede configurarse como una obligación de resultado: o se evalúa o no se evalúa[81]. En este sentido, el prestamista incumple su obligación precontractual[82] cuando, por ejemplo, no haya recabado toda la información necesaria para realizar tal evaluación (art. 20.1 DCH), no haya realizado una tasación del inmueble con arreglo a los criterios legales (art. 19 DCH) o no se hubiera tenido en cuenta la capacidad de reembolso y solo el valor del bien hipotecado (art. 18.3 DCH). El prestamista debe realizar la evaluación en la forma prevista legalmente. Sí es un resultado exigible el que realice una evaluación bien hecha[83]. Y ello al margen de que cómo se desarrolle posteriormente la ejecución del contrato, de que el deudor cumpla o no finalmente con sus obligaciones. Es más, hay que tener presente, que el mercado de crédito opera con información asimétrica y el sistema de información crediticio español presenta deficiencias notables[84], por lo cual es factible que, el prestamista utilizando la información a su alcance, el resultado de la evaluación arroje un resultado positivo, a pesar de que el deudor presenta incapacidad de pago. Si el prestamista ha cumplido las normas específicas de gestión de riesgos y control interno que le son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica a las que he hecho men-

ción anteriormente (art. 29.1 LES), entiendo que tampoco el prestamista habrá incumplido su obligación legal de conceder el préstamo de manera responsable.

El control del grado de cumplimiento de la obligación de la evaluación de la solvencia se favorece si se fijan límites a la ratio préstamo-valor o la ratio préstamo-ingresos[85]. No es el caso de la regulación española que se caracteriza por la indefinición. Así, el Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio[86] que desarrolla la OTSB establece los Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables que deben ser respetados por las entidades en el diseño de los métodos y procedimientos de estudio para la concesión de préstamos. Tales principios se diseñan de forma laxa, plagada de conceptos indeterminados que complican la verificación del grado de cumplimiento de los mismos. Así, en el apartado tercero referido a la política de concesión de préstamos con garantía real dispone que la entidad debe establecer una *prudente* relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía, sin tener en cuenta, especialmente en el caso de inmuebles, potenciales revalorizaciones de la misma. La indicada relación deberá considerar adecuadamente los riesgos subyacentes que se aprecien en las garantías, derivados de aspectos tales como el tipo de propiedad, su finalidad o posible uso, su potencial depreciación o el área geográfica en que esta se ubique, y deberá ser tanto más exigente cuanto menos lo sea la fijada entre el servicio de la deuda y las fuentes de generación de ingresos. En cualquier caso, el incremento de la prudencia en la referida relación entre el importe del préstamo o crédito y el valor de la garantía no eximirá ni, en ningún caso, podrá excusar la relajación de la completa evaluación de la solvencia del deudor.

No cabe duda de que cuanto más laxo y abierto sea el procedimiento que específicamente se arbitre a nivel interno de control de riesgos para evaluar la solvencia de los prestatarios, más difícil será la comprobación de su grado de cumplimiento. Por eso, complemento indispensable para una regulación eficiente, es el establecimiento de normas objetivas con ratios de préstamo-valor y ratio préstamo ingresos[87].

3.2. En particular, la posición del prestamista ante un test negativo de solvencia

Especialmente problemático es si se ve afectada la libertad de contratar cuando el prestamista ha evaluado la solvencia y el resultado ha sido negativo ¿Solo se entiende cumplida la obligación si el prestamista actúa en consonancia con el resultado de la evaluación? Si esto es así, no podría la entidad financiera tener en cuenta otras variables para la concesión del préstamo hipotecario.

La DCH es más explícita y aparentemente más exigente en este terreno que la DCC, tal y como justifica en el Considerando 22 DCH[88]. El artículo 18.5 DCH

dispone que los Estados miembro velarán por que «*el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de crédito se cumplan según lo establecido en dicho contrato*»[89].

Una lectura apresurada puede hacer creer que se prohíbe la concesión del préstamo si el resultado de la evaluación de la solvencia es negativo[90]. Yo creo que no es así y la DCH no necesariamente prohíbe la contratación[91].

Cabría pensar que, si se le permite al prestamista contratar, perdería toda virtualidad el propio régimen jurídico de la evaluación de la solvencia cuyo objetivo es precisamente prevenir el sobreendeudamiento privado[92]. Siendo esto cierto, no hay que olvidar que se está regulando el mercado de crédito que es una actividad privada, cuyo objeto es precisamente el riesgo. La solución que se adopte respecto a esta cuestión no puede desnaturalizar el negocio bancario. Y ello porque una cosa es *controlar* el riesgo bancario y otra *anularlo*. Lograr este equilibrio es complejo y, a mi juicio, la opción no debe ser prohibir la celebración del contrato, sino anudar consecuencias jurídicas cuando por consecuencia de la concesión del préstamo tras un test negativo de solvencia, y en caso de incapacidad de pago, fruto de ese sobreendeudamiento *activo*, el deudor deviene en situación de insolvencia.

Y es que cuando el prestamista se encuentra ante un test de solvencia negativo puede, no obstante, estar interesado en la operación (piénsese en un joven con previsión favorable de ingresos futuros) y solicitar garantías adicionales. Vetarle la posibilidad de contratar puede ser contraproducente para el correcto funcionamiento del mercado de crédito y generar exclusión financiera[93]. Es claro que la libertad de contratar no se ve afectada cuando el resultado del test de solvencia es positivo[94] y tampoco debe estarlo cuando el resultado es negativo.

Si la DCH no prohíbe la contratación ¿qué alcance tiene la norma contenida en el artículo 18.5 DCH? A mi juicio, es un mandato para que el legislador imponga consecuencias para el caso de insolvencia del deudor por fruto —insisto— de ese sobreendeudamiento activo, lo suficientemente efectivas que disuadan al prestamista, en el margen de su libertad contractual, de conceder el préstamo cuando el test de solvencia es negativo[95]. Es en este terreno donde hay que introducir cambios legales. Se trata de abordar en esta sede el mismo enfoque que se adopta en la normativa de supervisión, cuyos efectos no se extienden a la validez de los contratos, sino que los eventuales incumplimientos obligan a las entidades a provisionar[96], al margen de las sanciones impuestas por el supervisor.

La responsabilidad del prestamista por haber concedido un préstamo con un test de solvencia negativo solo debe derivarse en los casos en los que no son circunstancias sobrevenidas (desempleo, divorcio, enfermedad) del consumidor las que provocan el impago. Es decir, *el prestamista debe responder cuando siendo el test negativo, el deudor no puede cumplir por circunstancias que ya*

estaban presentes en el momento de la concesión del préstamo. Si se mantiene que hay prohibición de contratar, el prestamista respondería aun en los casos en los que el deudor no cumple por circunstancias sobrevenidas y no por su falta de capacidad de pago inicial. Incluso el prestamista podría ser sancionado en caso de que el deudor cumpliera porque ha contratado teniéndolo prohibido, lo cual es absurdo.

El alcance de la obligación de evaluar la solvencia fue aclarado por el Comité Económico y Social Europeo: «el objetivo perseguido por la evaluación de la solvencia debería ser evitar el endeudamiento excesivo. *En caso de impago* el prestamista deberá asumir la responsabilidad si su decisión se ha basado en una evaluación mediocre de la solvencia del prestatario. Los costes que generan los préstamos irresponsables deben ser soportados por el prestamista[97]».

A mi juicio, la novedad de la regulación es la responsabilidad del prestamista cuando se ha producido una evaluación mediocre de la solvencia, *siempre que el deudor se vea imposibilitado de cumplir sus obligaciones*[98], lo que presupone que el contrato se ha celebrado y es válido.

El sistema debe estar diseñado para que el prestamista responda de las consecuencias de su préstamo irresponsable, pero no para que asuma las consecuencias de toda situación de incumplimiento por parte del deudor. Así lo expresa el Considerando 56 de la DCH: «*la evaluación de la solvencia no debe implicar que se transfiera al prestamista la responsabilidad que incumbe al consumidor en caso de que este incumpla sus obligaciones en virtud del contrato de crédito*».

A mi juicio, una prohibición de contratar produce un desequilibrio intolerable del sistema que puede comprometer gravemente el acceso al crédito. Sí es cierto que cuando se concede un préstamo con un test de solvencia negativo, aumenta la vulnerabilidad del deudor frente a situaciones que no puede controlar (paro, divorcios, enfermedad), pero cuando sobrevienen tales circunstancias son estas las que generan la insolvencia y no la concesión irregular del préstamo. Para prevenirlas, el prestamista puede exigir garantías adicionales (fiadores o seguro de crédito), las cuales no pueden nunca convertir en positivo el test de solvencia del consumidor (así lo establece expresamente el artículo 18 OTSB).

Como he dicho, hay que crear incentivos, pero no adoptar posturas que desnaturalicen el negocio bancario y cercenen la libertad contractual[99]. A mi juicio, el artículo 18.5 DCH no prohíbe contratar[100], pero eso no significa que la actuación del prestamista carezca de consecuencias jurídicas.

Un criterio de interpretación teleológico aconseja que no deba entenderse prohibida la contratación en caso de test negativo de solvencia porque ello desprotege al consumidor que ya ha contratado en tales circunstancias. Se trata de aplicar en esta sede la jurisprudencia de intereses y no la jurisprudencia de conceptos. Efectivamente, si se entiende que el prestamista no puede contratar cuando el test de solvencia es negativo, hay que ser coherente con las conse-

cuencias que en ello conlleva[101]. Ello supondría que el prestamista actúa contra una prohibición legal (que, a mi juicio, no tiene naturaleza de norma prudencial y debe contenerse en norma con rango de ley)[102] lo que afectaría a la *validez* del contrato con el consumidor debiéndose considerar nulo de pleno derecho (art. 6.3 del Código Civil)[103]. Esta consecuencia desde luego no es beneficiosa para el consumidor[104] que se vería obligado a devolver la totalidad del préstamo. El artículo 18.4 DCH no debe ser interpretado en contra de la finalidad de la propia regulación que es dotar de un marco regulatorio al mercado hipotecario de forma que se logre «un elevado grado de protección de los consumidores» (Considerando 5.º) y, a su vez, «promover la sostenibilidad de la concesión y contratación de préstamos» (Considerando 6).

La sanción de la nulidad significa que bastaría que el prestamista concediera un préstamo con test de solvencia negativo para que ya el contrato fuera nulo, sin necesidad de esperar a que el consumidor desembocara en situación de insolvencia. ¿Qué consumidor se plantearía ejercitar la acción cuando los efectos de tal ejercicio le perjudican? El efecto de dicha nulidad, sería la obligación por parte del consumidor de restituir el capital prestado. Este efecto es perverso y, como he dicho, contrario a la finalidad de la norma que se supone que es la protección del consumidor.

Se alega[105] en defensa de la nulidad lo dispuesto en el artículo 20.4 DCH que dispone que «*los Estados miembro establecerán medidas para garantizar que los consumidores estén al corriente de la necesidad de facilitar la información correcta para responder a la solicitud contemplada en el apartado 3, párrafo primero, y que dicha información sea suficientemente completa para poder llevar a cabo una evaluación adecuada de la solvencia. El prestamista, el intermediario de crédito o el representante designado advertirán al consumidor que, cuando el prestamista sea incapaz de llevar a cabo la evaluación de la solvencia debido a que el consumidor haya optado por no facilitar la información o la verificación necesaria para llevar a cabo dicha evaluación, el crédito no podrá concederse. Dicha advertencia podrá facilitarse en un formato normalizado*».

Creo que una cosa es que el prestamista se vea imposibilitado de evaluar la solvencia por carecer de información al no facilitársela el consumidor, que poder cumplir esta obligación y que arroje un resultado negativo. En el primer caso, está justificada la denegación del crédito por cuanto el consumidor no aporta la información tal y como le exige el artículo 20.1 DCH. Si el prestamista accediera a la contratación, estaría incumpliendo la obligación de evaluar la solvencia y por ello no creo que este precepto apoye la falta de libertad de contratación cuando el test de solvencia es negativo.

Por su parte, el artículo 18.4 DCH señala que «*los Estados miembro velarán porque, cuando un prestamista celebre un contrato de crédito con un consumidor, el prestamista no anule o modifique ulteriormente dicho contrato en detrimento del consumidor debido a que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado*

correctamente. El presente apartado no se aplicará cuando se demuestre que el consumidor ha ocultado o falsificado conscientemente la información en los términos del artículo 20». La ocultación de información por parte del consumidor impide la evaluación de la solvencia por el prestamista y ello puede acarrear la nulidad del contrato a instancias de este (lo cual es un efecto contractual). Sensu contrario, no puede el prestamista anular el contrato en caso de *evaluación incorrecta* de la solvencia por causas ajenas a la actuación del consumidor. Ello implica que el contrato no es nulo, a pesar de que no se hayan efectuado las comprobaciones oportunas sobre la capacidad patrimonial del deudor[106]. Obsérvese que el precepto se refiere al hecho de la corrección de la realización de la evaluación, sin aludirse en ningún caso al resultado de la misma. Este extremo es connatural al negocio bancario, aunque no exento de consecuencias jurídicas, como veremos. En la norma se disocian los dos supuestos: imposibilidad de realización de la evaluación (art. 18.4 y 20.5 DCH), de la actuación del prestamista ante test de solvencia negativo [art. 18.5 a) DCH]. Un argumento sistemático justifica la diferencia de tratamiento jurídico en ambos supuestos.

3.3. Consecuencias jurídicas: sanciones administrativas versus sanciones civiles

La clave son las *consecuencias jurídicas* que se deben derivar de la insolvencia del consumidor por consecuencia de la concesión del préstamo con un test negativo de solvencia, de manera que se dé cumplimiento al mandato del artículo 18.5a).

La DCH deja en manos de los Estados miembro el establecimiento de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas sobre la base DCH. Solo exige que sean *efectivas, proporcionadas y disuasorias* (art. 38 DCH). A mi juicio, este es uno de los fallos graves de la Directiva que debería haber dado un paso más en la armonización teniendo en cuenta el efecto sistémico que tienen las crisis financieras. La «generosidad» de unos Estados en este ámbito puede tener efectos perniciosos en otros Estados dado el carácter sistémico que puede tener una nueva crisis financiera.

Las sanciones administrativas dejadas en manos del supervisor bancario no me parecen suficientemente disuasorias y buena prueba es lo acontecido en la crisis financiera actual. Las consecuencias deben *también* extenderse al contrato celebrado con el consumidor y la DCH no prejuzga ni limita la naturaleza de las sanciones. Sí lo hacía el artículo 24 de la Propuesta de DCH[107] al señalar que «los Estados miembro se asegurarán, de conformidad con su Derecho nacional, de que puedan adoptarse las medidas *administrativas* apropiadas o imponer *sanciones administrativas* a los responsables en caso de incumplimiento de las disposiciones adoptadas en aplicación de la presente Directiva (…). En el texto finalmente aprobado, esa especificación ha desaparecido, lo que significa un

argumento favorable a un mayor margen de maniobra de los Estados miembro en cuanto al tipo de sanciones que pueden establecer y su naturaleza. Esta compatibilidad entre sanciones administrativas y contractuales ha sido sugerida por el Banco Mundial[108].

Las opciones de régimen jurídico son variadas. En primer lugar, si el prestamista concedió el préstamo con test de solvencia negativo, en caso de declaración de concurso del consumidor, fruto de este sobreendeudamiento activo, la LC debe contemplar la posibilidad de una subordinación judicial del crédito o alternativamente, la posibilidad de que el crédito se pueda ver afectado por la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis LC). Ya he señalado en otro lugar[109], que el comportamiento del prestamista debe ser evaluado en el proceso concursal. Así mismo, el comportamiento del consumidor que aporta información inexacta al prestamista a los efectos de la evaluación de su solvencia, también debe ser valorado en el procedimiento concursal[110]. La legislación concursal puede establecer las medidas disuasorias que la DCH reclama, sin que ello haga necesario restringir la libertad contractual y adoptar enfoques paternalistas.

Otras consecuencias que se pueden derivar cuando se concede un préstamo con un test negativo y el deudor deviene insolvente por tal razón es la pérdida de intereses remuneratorios y moratorios. Tal efecto se opone como excepción cuando el acreedor reclama la devolución del préstamo y, por lo tanto, será evaluable por los jueces. Como se ve, la concesión del préstamo con test de solvencia negativo trasciende de la validez contractual (hay libertad para contratar), pero puede afectar a la eficacia del contrato siempre y cuando el deudor devenga insolvente. En suma, al control del supervisor bancario se suma el control judicial. Estas consecuencias son las que no han existido cuando ha emergido la crisis financiera: el acreedor no tenía límites en la ejecución del derecho de crédito. Los cambios deben ir en esta dirección si queremos que —de verdad— algo cambie. Las mismas consecuencias deben derivarse, a mi juicio, en caso de incumplimiento absoluto de la obligación de evaluación de la solvencia o en caso de evaluación incorrecta. Aunque se trate de aspectos diferentes al del cumplimiento de la obligación y la concesión del préstamo con test negativo, el resultado es el mismo: se concede un préstamo a quien no lo puede devolver. De esta forma se concilian todos los intereses en juego. Se mantiene la esencia del negocio bancario y se tutela el interés de los consumidores que padecen las consecuencias de la concesión irresponsable de crédito, es decir, los que devienen insolventes por obra de un sobreendeudamiento activo. Si no hay insolvencia, a mi juicio, no procede desencadenar el mecanismo sancionatorio. Ahí reside la esencia del negocio bancario: asumir un riesgo a cambio de una rentabilidad. Además, es poco probable que un prestatario que está cumpliendo su contrato tenga interés en ejercitar una acción por préstamo irresponsable[111]. Creo que hay que ser realistas.

En suma, para la eficiencia del mecanismo sancionador es imprescindible que el préstamo irresponsable tenga impacto en el contrato con el consumidor

y existan consecuencias de Derecho privado[112]. Solo así se pondrá en marcha el propio procedimiento, ya que el consumidor pueda obtener «ventajas» por el impacto en su contrato (vía pérdida de intereses) ¿Qué consumidor se va a preocupar de denunciar una inadecuada evaluación de la solvencia si las sanciones son meramente administrativas y él tiene que sufrir todas las consecuencias derivadas del cumplimiento contractual? Tampoco es realista diseñar el sistema recurriendo a la responsabilidad civil[113] ¿Qué consumidor (sin recursos) va a demandar a la entidad financiera reclamando daños y perjuicios? Las sanciones, en mi opinión, deben ser otras. Mantener una rigidez conceptual que conduce a consecuencias ineficientes, no me parece razonable.

De hecho, el planteamiento que propongo es el adoptado en algunos Estados miembro que ya han transpuesto la DCH. Tal es el caso de Francia que ha transpuesto la DCH por Ley 2016-351 de 25 marzo de 2016 sur *les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation*, que modifica el Código de Consumo (en adelante, CConsum). En el artículo 313-16 se regula la obligación de evaluar la solvencia y no se prohíbe al prestamista contratar en caso de evaluación negativa. Eso sí, en caso de incumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia, el artículo 341-28 CConsum, el prestamista podrá perder todo o parte de los intereses, según determine el Juez. En caso de que el cumplimiento haya sido sin cumplir todos y cada uno de los requerimientos que se enumeran en los artículos 313-16 a 313-19 CConsum también la sanción es la pérdida de intereses por resolución judicial, pero con un tope que se establece expresamente: el 30% de los intereses con un tope de 30.000 euros.

Además de estas sanciones civiles, se prevé, cumulativamente, la sanción de multa de 30.000 euros al prestamista que no cumpla la obligación de evaluación de la solvencia en los términos previstos legalmente[114].

En definitiva, las consecuencias de la «impunidad» que de facto tiene el préstamo irresponsable en España las hemos vivido en la presente crisis financiera. La regulación debe cambiar, en la línea seguida por otros Estados miembro como Francia, y no debe ser interpretada de manera que todo siga igual que antes. No solo el supervisor bancario debe controlar la actuación de las entidades. En el ámbito de la protección de consumidores, los jueces deben poder valorar la conducta del acreedor cuando estos reclaman el cumplimiento a los consumidores.

4. Las «transposiciones autonómicas» de la Directiva 2014/17

4.1. La regulación contenida en el Código de Consumo de Cataluña

La Ley 20/2014, de 29 de diciembre, modifica la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de Consumo de Cataluña, (en adelante, CCoCat) con el objetivo de mejorar la situación de los consumidores en los préstamos hipotecarios para

la adquisición de vivienda habitual. Tal y como se señala en el preámbulo de la ley, se siguen las orientaciones marcadas por la Directiva 2014/17.

Se aborda una regulación específica de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia en el artículo 263-2 del CCoCat[115]. No hay mención a los ficheros de solvencia patrimonial como fuentes de información y el prestamista debe atender a la proporcionada por el consumidor. No hay remisión a normativa estatal en cuanto al procedimiento para realizar la evaluación y se especifican los extremos que deben ser valorados: ingresos presentes y futuros, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros, entre otros extremos. La evaluación será gratuita, extremo este no mencionado en la Directiva. Hay que destacar que la obligación de evaluar la solvencia se extiende también a los avalistas y, en su caso, a propietarios hipotecantes (art. 261-2-2 CCoCat).

Especialmente relevante es la mención contenida en el apartado cuarto de dicho precepto que dispone que *«el prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo. En este caso, el prestamista debe advertir por escrito a la persona consumidora de la imposibilidad de concederle el crédito»*. Se sigue el criterio de la prohibición de contratar cuando el prestamista no actúa en consonancia con el resultado de la evaluación, manteniéndose la interpretación de la que disiento del artículo 18.5 a) de la DCH.

Como era de esperar, no se aclaran las consecuencias que en el terreno contractual tiene el incumplimiento por parte del prestamista de esa prohibición de contratar. El artículo 331-2 s) tipifica como infracción por alteración, adulteración, fraude o engaño «*incumplir las obligaciones de evaluar la solvencia de la persona consumidora en materia de créditos o préstamos establecidas por el artículo 263-2*». Tal contravención es calificada de infracción grave [art. 332-3.1c) CCoCat] y sancionada con una multa que puede oscilar entre 10.000 y 100.000 euros [art. 333-1.b)]. Se aclara en el último párrafo de dicho precepto que «estas cantidades pueden ultrapasarse hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los beneficios ilícitos obtenidos o de los perjuicios causados por la infracción y, en su defecto, del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción».

La sanción es administrativa, sin impacto en la validez del contrato. Tal y como está redactada la norma, el prestamista puede ser sancionado a pesar de que el deudor cumpla en tiempo y forma su contrato.

Con todo, dichos preceptos tienen suspendida su vigencia, fruto de la providencia de admisión a trámite del TC de 6 de octubre de 2015 del Recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno (núm. 5459-2015) el 30 de septiembre de 2015. La suspensión de la vigencia del apartado cuarto del artículo 263-2 se ha confirmado en el Auto del TC de 12 de abril de 2016.

Los argumentos esgrimidos por el Abogado del Estado para solicitar el mantenimiento de la suspensión de dicho precepto se centran en su afectación a la «estabilidad del sistema financiero». «Esta prohibición de contratación,

que difiere radicalmente de la libertad de contratar sancionada en la normativa estatal (art. 18.6 OTSB), puede producir perjuicios a los intereses particulares tanto de las entidades de prestamistas como de sus clientes, puesto que de aplicarse a las entidades bancarias no pueden otorgar préstamos si concurren estas circunstancias». El TC justifica el mantenimiento de la suspensión por entender que «de la aplicación de la norma impugnada derivaría una restricción directa e inmediata en el acceso al crédito susceptible de producir los perjuicios alegados».

No es la restricción del acceso al crédito de personas insolventes lo que justifica que no se imponga la obligación de contratar. Es la libertad de empresa y la naturaleza del negocio bancario la que exige que tal prohibición no exista y el pernicioso efecto de que un prestamista pueda ser sancionado incluso en caso de cumplimiento del contrato por el consumidor. Con el tenor literal del precepto catalán, este efecto es posible pues no se subordina a la existencia de insolvencia del deudor.

Con todo, la argumentación esgrimida apunta a que la futura transposición de Directiva 2014/17 en el Derecho estatal no establecerá dicha prohibición de contratar, en el sentido que defiendo en el presente trabajo. Cosa distinta, será ver qué incentivos legales establecerá el legislador estatal. Las sanciones no deben ser solo administrativas, como por otra parte establece el legislador catalán.

4.2. La Ley andaluza 3/2016 de 9 de junio

La Ley 3/2016, de 9 de junio, para la protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias[116] (en adelante, LPCU) en la contratación de préstamos y créditos hipotecarios sobre la vivienda (sea habitual o no), aborda una regulación[117] sobre la obligación de evaluar la solvencia en el artículo 13 que apenas aporta novedades respecto de la legislación estatal a la que se remite. La regulación es aplicable también a los garantes (art. 2.2. LPCU).

Dispone el artículo 13.1. LPCU en su apartado primero que «*sin perjuicio de lo previsto en los artículos 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre y 16.1. de la Ley 2/2009, de 31 de marzo para garantizar la concesión responsable de préstamos, con carácter previo a la celebración del contrato, las empresas prestamistas han de evaluar en profundidad la solvencia de la persona consumidora y usuaria, teniendo en cuenta como elementos, entre otros, los ingresos presentes y los previsibles durante la vida del préstamo, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros, a través de la información suministrada por la persona consumidora y usuaria y de las fuentes internas o externas que resulten pertinentes, todo ello sin perjuicio de lo previsto en la normativa estatal y europea vigente*».

Esta remisión implica que no se veta la posibilidad de conceder el préstamo en caso de test de solvencia negativo, dejándose margen a la libertad contractual a la que hace referencia el artículo 18.6 de la Orden 2899/2011, de 28 de octubre.

En el apartado 7 del artículo 13 LPCU se establece la obligación del prestamista y el servicio de intermediación de comunicar de forma gratuita y «por escrito» al cliente el resultado de la evaluación «advirtiéndoles motivadamente, de las razones para conceder o no el préstamo hipotecario con las condiciones analizadas, acompañando una copia del resultado del estudio donde se identifiquen las fuentes y los criterios aplicados en su análisis (…)». Como se puede apreciar, no se incide en la libertad contractual y la obligación de entregar dicho documento merece un juicio favorable porque brinda al consumidor un potente medio de prueba documental acerca de cómo se ha evaluado la solvencia, cuál es el resultado del test y permite verificar si el prestamista ha actuado o no en consonancia con el resultado de la misma. Caso de que la evaluación sea negativa y el prestamista acceda, no obstante, a contratar, deberá justificar las razones, que deberán ser valoradas, en su caso, si se inicia un proceso sancionador contra el prestamista. Esto sí es un incentivo a que el prestamista no conceda el préstamo cuando el test de solvencia es negativo. Se documenta por escrito tanto la evaluación negativa como positiva y al margen de que se conceda o no el préstamo. Se distingue del régimen contemplado en el artículo 263-2, apartado cuarto que solo se documenta por escrito la decisión de no conceder el préstamo cuando el resultado del test de solvencia es negativo. La clave es que se aporte documentación en todo caso, cuando se conceda y cuando no se conceda el préstamo. La ley andaluza da un paso más en este terreno de lo establecido en la DCH[118].

También, dentro del marco de los deberes de información precontractual, el prestamista debe hacer referencia a la documentación que ha de presentar el consumidor para la evaluación de la solvencia [art. 9.3.g) LPCU]. La documentación solicitada también es un medio de prueba de cómo se ha cumplido por el prestamista la obligación de evaluar la solvencia. Y es que de nada vale regular el préstamo responsable si luego no es posible probar que el préstamo se concedió de manera irresponsable.

Respecto de lo que aquí interesa, el artículo 20 LPCU dispone que la contravención de las normas previstas en esta ley se sancionará conforme a lo previsto en el título II, capítulo IV de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía. Tales sanciones son multas, especificadas en el artículo 74. No hay consecuencias en el ámbito contractual. El deudor deberá cumplir el contrato, en los mismos términos que se dispone en el artículo 18.6 OTSB.

4.3. El Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 17 de noviembre de 2017

El plazo con el que contaba el legislador español para transponer la DCH expiraba el 21 de marzo de 2016. Una de las causas de este retraso es la inesta-

bilidad política que ha vivido nuestro país, con varios años con un gobierno en funciones. Ello no ha evitado España haya sido denunciada por la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la UE por incumplimiento del plazo de transposición.

En fase de corrección de pruebas del presente trabajo se ha publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario con fecha de 17 de noviembre de 2017 (en adelante, PLCI) donde se produce algún avance respeto al texto contenido en el Anteproyecto de Ley[119].

Efectivamente, en dicho texto la disposición final undécima, remite a desarrollo reglamentario *«las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario»*. Es decir, la transposición de un aspecto tan relevante pretendía hacerse a través de disposiciones reglamentarias que en ningún caso podían contener sanciones contractuales.

Afortunadamente en el PLCI se ha rectificado tal y como sugirió el Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre el Anteproyecto[120] que puso de relieve que un aspecto clave de la DCH, como es la obligación de evaluar la solvencia, quedaba sin transponer[121]. A juicio de dicho órgano «las normas de evaluación económica del prestatario, sobre la base de una adecuada correlación entre el capital prestado y la capacidad económica de este para devolverlo, de especial importancia para la concesión del crédito o préstamo y para la debida ejecución del contrato, así como para la estimación del riesgo derivado del mismo, presentan aspectos que afectan a la regulación del sector y al orden público económico, pero también al propio contenido de la propia relación contractual, y ahí, junto con la finalidad de armonización normativa, encuentra la necesidad de que las reglas sobre la evaluación se contengan en la norma legal llamada a transponer la Directiva. En el artículo 9 se establece una regulación de la obligación de evaluar la solvencia que prácticamente se limita a copiar el artículo 18 DCH, reproduciéndose la indefinición de la norma comunitaria en la norma nacional.

1. Los prestamistas deberán evaluar en profundidad la solvencia del potencial prestatario antes de celebrar un contrato de préstamo. Dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del préstamo.

2. A estos efectos, los prestamistas deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el apartado anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por los propios prestamistas, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones.

3. En el supuesto de préstamos con garantía real, la evaluación de la solvencia no se basará predominantemente en el valor de la garantía que exceda del importe del préstamo o en la hipótesis de que el valor de dicha garantía

aumentará, a menos que la finalidad del contrato de préstamo sea la construcción o renovación de bienes inmuebles de uso residencial.

4. La incorrecta evaluación de la solvencia no otorgará al prestamista la facultad de rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo en detrimento del prestatario, salvo que se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información.

Tampoco podrán los prestamistas rescindir el contrato de préstamo debido a que la información facilitada por el prestatario antes de celebrarse dicho contrato fuera incompleta.

5. El prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato.

6. Cuando se deniegue la solicitud de préstamo, el prestamista informará sin demora al potencial prestatario de dicha denegación y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos, el prestamista informará también al potencial prestatario del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada.

7. Los prestamistas reevaluarán la solvencia del prestatario basándose en una información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de préstamo, a menos que dicho préstamo adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial.

A pesar de esta regulación la disposición adicional undécima del PLCI remite a desarrollo reglamentario «las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario», regla presente en el texto del Anteproyecto que no contenía una regulación de la obligación de evaluar la solvencia. Habrá que entender que se refiere ahora a aspectos puramente instrumentales porque en el PLCI, esta regulación tiene soporte legal, como no podía ser de otra manera, salvo que se pretendiera un incumplimiento flagrante de la DCH.

Como se puede comprobar, no se aclara si el prestamista está obligado o no a denegar el préstamo en caso de test de solvencia negativo. Hay que tener en cuenta que, según lo dispuesto en la Disposición transitoria cuarta, *«hasta la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que desarrollen la presente Ley, mantendrá su vigencia la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y sus normas de desarrollo, en cuanto no resulten incompatibles con aquella»*. Si tenemos en cuenta que en el artículo 18.6 de dicha Orden se establece que la evaluación de la solvencia se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación», y «en ningún caso afectará a la plena validez y eficacia del contrato». Entendido el precepto proyectado en la línea que he interpretado en el presente trabajo, el

prestamista puede conceder el préstamo pero deben derivarse consecuencias para el caso de insolvencia del deudor fruto de esa concesión irresponsable de crédito. En este sentido, el artículo 18.6 de la Orden 2899/2011 no debería entenderse derogado.

La clave son las consecuencias que se establecen en el PLCI para el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. El artículo 44 dispone de manera expresa que *«las obligaciones establecidas en esta Ley y sus normas de desarrollo tendrán el carácter de normas de ordenación y disciplina para los intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y los prestamistas inmobiliarios, ya sean personas físicas o jurídicas cualquiera de los anteriores»*.

El PLCI no rectifica respecto al texto del Anteproyecto. Las sanciones serán administrativas impuestas por el supervisor. El artículo 46 establece como sanción muy grave «la realización de actos u operaciones por parte de un prestamista, intermediario o su representante designado o una sucursal en España, conforme al artículo 31.2, con incumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley y en su normativa de desarrollo, siempre que por el número de afectados, la reiteración de la conducta o los efectos sobre la confianza de la clientela y la estabilidad del sistema financiero tales incumplimientos puedan estimarse como especialmente relevantes, conforme al apartado x) del artículo 92 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito».

Es decir, la sanción es muy grave, si el incumplimiento es relevante. En este caso la multa es la contemplada en el artículo 97 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Si tal incumplimiento no es relevante, tendrá la consideración de infracción grave (art. 45.2 PLCI), s*alvo que tal hecho tenga carácter ocasional o aislado*. En este caso tendrá la consideración de infracción leve. En definitiva, más de lo mismo. Se deja en manos del supervisor bancario el control de la obligación de evaluar la solvencia cuando ya sabemos que es modelo ha fracasado porque el supervisor puede «no controlar».

El PLCI no prevé sanciones contractuales, a diferencia de lo que acontece cuando es el consumidor el que ha ocultado o falsificado información sobre su solvencia. Esperemos que en la tramitación parlamentaria se introduzcan cambios sustanciales en este ineficiente planteamiento. El hecho de que esta obligación de evaluar la solvencia se regule por ley, permite que se puedan establecer sanciones contractuales, pero hay que establecerlas. Este texto proyectado a quien realmente beneficia es a los prestamistas y, sin duda, se nota la «mano» del Ministerio de Economía en la regulación propuesta. Esperemos que la ausencia de un partido político con mayoría absoluta permita la mejora de este proyecto, fruto del consenso que hay que lograr para su aprobación.

V. LA NECESIDAD DE UN ADECUADO SISTEMA DE INFORMACIÓN CREDITICIA PARA EL CUMPLIMIENTO Y EL CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA

Una herramienta indispensable para diseñar un adecuado régimen jurídico del préstamo responsable es la existencia de un sistema de información crediticia en el que los prestamistas compartan información positiva (nivel de endeudamiento y grado de cumplimiento) de sus clientes a un Registro que puede ser público o privado. Para que el acreedor pueda evaluar correctamente la solvencia es necesario que tenga información financiera fiable sobre los potenciales clientes y cuanta más información se aporte (siempre que sea pertinente), más completo será el perfil del cliente. En este sentido, los ficheros positivos al informar del nivel de endeudamiento del cliente, constituyen una herramienta esencial, tal y como es comúnmente admitido[122].

En España la información con la que cuentan las entidades financieras para evaluar el riesgo del deudor es, en su mayor parte, la ofrecida por el mismo deudor que se centra básicamente en su patrimonio, ingresos y cargas. Prevalecen los ficheros de solvencia negativos, únicos para los que no se requiere el consentimiento del deudor para que la entidad comparta la información a los *credit bureau*. Sí se trata de un fichero de información positiva el gestionado por el Banco de España (CIRBE) que ofrece una información limitada (operaciones de riesgo agregado por encima de los 9000 euros), y con un acceso a la información restringido: solo podrán obtener la información contenida en la base de datos las entidades declarantes, sin perjuicio de que cualquier persona física o jurídica pueda acceder de forma gratuita a toda la información que esté a su nombre en la CIRBE. Por lo tanto, cualquier prestamista que no tenga la consideración de entidad de crédito no podrá acceder a la información contenida en la CIRBE para cumplir su obligación de evaluar la solvencia.

La asimetría de información que un deficiente sistema de información crediticio genera, dificulta no solo la evaluación de la solvencia, sino también el control del cumplimiento. Un sistema eficiente de préstamo responsable debe apoyarse en un Registro con datos positivos y negativos (ya sea público o privado), de consulta obligatoria. Este paso no ha podido darlo la DCH porque los sistemas de información crediticia difieren notablemente dentro de la UE[123] y se ven afectados por la regulación en materia de protección de datos personales. Solo si el prestamista puede acceder a información financiera fiable de los particulares podrá conceder préstamos de manera responsable y el mecanismo sancionador que en su caso se diseñe será eficiente. El consumidor no puede monopolizar su información financiera porque existe un interés público en la estabilidad del sistema financiero que aconseja. El flujo de información financiera debe ser objeto de regulación específica, obligando a las entidades a compartir datos con los *bureaus de crédito* privados, y garantizándose de manera adecuada la privacidad de los ciudadanos.

Imponer al prestamista la obligación de evaluar la solvencia y no dotarle de información necesaria para cumplirla de manera eficiente es incoherente. Tal información debe necesariamente incluir datos positivos, porque un deudor sin datos negativos, que no haya incumplido, no necesariamente es solvente, dado que puede tener muchos pasivos asumidos, aunque todavía no haya incumplido. Solo si se les concede a los prestamistas acceso a información financiera completa y fiable de los solicitantes de crédito, con obligación legal de consulta de bases de datos de solvencia, podrá evaluarse y anudarse consecuencias jurídicas para el prestamista que incumpla los deberes legales de préstamo responsable.

La pérdida de competencia para entidades financieras y la mejora en la fiscalización del grado de cumplimiento de los deberes de préstamo responsable son dos poderosas razones que justifican que las entidades dominantes (en un mercado concentrado como el español) no deseen compartir información positiva de sus clientes. El legislador español y también el europeo debe intervenir en este tema si —de verdad— queremos prevenir futuras crisis financieras como la que actualmente nos asola. La DCH no es más que una pieza del sistema. Hay que tocar más, y el sistema de información crediticia es una herramienta indispensable[124].

El PLCI no efectúa la transposición de la DCH respecto del acceso a bases de datos, haciendo caso omiso de las sugerencias del informe que del Anteproyecto ha emitido el CGPJ. La Disposición final undécima remite a desarrollo reglamentario esta cuestión tan relevante. Mientras tanto, el artículo 10 PLCI deja en manos del consumidor la carga de aportar los datos de solvencia patrimonial. La finalidad está clara, seguir manteniendo información asimétrica en el mercado de crédito que impida, de facto, un adecuado control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia. Con todo, no hay que olvidar que la información que puede solicitarse al deudor debe ser pertinente, tal y como ordena el artículo 4.1. LOPD. Pero no nos extrañe que se solicite información, como son los movimientos de cuenta corriente que son mucho más sensibles desde el punto de vista de la privacidad. En fin, el sistema está claro que beneficia a las entidades financieras que huyen de compartir datos positivos para poder hacerse con datos «más completos». Con razón se dice que los datos personales son «el oro de la era digital».

VI. CONCLUSIONES

— No basta una regulación que se limite a obligar al prestamista a evaluar la solvencia. Debe diseñarse un marco regulatorio que permita además un adecuado control de su cumplimiento. Deben establecerse porcentajes máximos de ratio préstamo-valor (LTV) y ratio préstamo-ingresos (LTI).

— La forma y criterios tenidos en cuenta por el prestamista para la realización de la evaluación deben ser documentados y entregados al consumidor. Se

requiere de una prueba documental que favorezca el control del cumplimiento y proteja tanto a prestamistas como a prestatarios. La carga de la prueba del adecuado cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia debe corresponder al prestamista.

— El cumplimiento de la obligación del prestamista de la obligación de evaluación de la solvencia del consumidor no implica que deba actuar en consonancia con el resultado de tal evaluación. La libertad contractual no se ve afectada. En caso de insolvencia del deudor deben derivarse consecuencias para el caso de que se haya concedido el préstamo con un test negativo de solvencia del consumidor.

— Las consecuencias por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia no deben traducirse exclusivamente en sanciones administrativas impuestas por el supervisor bancario. A ello debe añadir efectos contractuales como son la pérdida del derecho a intereses remuneratorios o moratorios, subordinación del crédito en un eventual proceso concursal o la aplicación de la exoneración del pasivo insatisfecho al acreedor que incumplió los deberes de préstamo responsable, siempre que la insolvencia del deudor no se deba a circunstancias sobrevenidas (sobreendeudamiento pasivo).

— El control del cumplimiento de los deberes de préstamo responsable no debe dejarse en manos exclusivamente del supervisor, sino que debe compartirse con el control judicial.

— La transposición del artículo 18 DCH debería hacerse en normas con rango de ley, desarrolladas en su caso por normas de control de riesgos y de transparencia en la concesión de préstamos. No debe agotarse la transposición en normativa prudencial, sino que debe trascender al Derecho privado. De lo contrario, no se habrán alterado las bases legales que permitieron que la actual crisis financiera tuviera lugar.

— Un eficiente régimen jurídico del préstamo responsable requiere de un sistema de información crediticia en el que los prestamistas compartan información positiva (nivel de endeudamiento y grado de cumplimiento) de sus clientes a un Registro que puede ser público o privado. Para que el acreedor pueda evaluar correctamente la solvencia es necesario que tenga información financiera fiable sobre los potenciales clientes y cuanta más información se aporte (siempre que sea pertinente), más completo será el perfil del cliente. La consulta de las bases de datos de solvencia debe ser obligatoria.

— El consumidor no puede ser el único que decida sobre la cesión de datos financieros porque existe un interés público en la estabilidad del sistema financiero que aconseja ciertas restricciones a la privacidad en este ámbito. El flujo de información financiera debe ser objeto de regulación específica, obligando a las entidades a compartir datos con los *bureaus de crédito* privados y garantizándose de manera adecuada la privacidad de los ciudadanos.

NOTAS

[1] THE ECONOMIST, *1929 and all that* (8 de octubre de 2008) http://www.economist.com/node/12342273 (Consultado el 26 de julio de 2016).

[2] STACY MITCHELL (2010): *Glass-Steagall Act & Volcker Rule, Institute for the Local Self-Reliance* https://ilsr.org/rule/glass-steagall-act-the-volcker-rule/ (consultado el 26 de julio de 2016).

[3] TURNER, M. (2003) The fair credit reporting act: access, efficiency & opportunity. The economic importance of Fair Credit Reauthorization, http://www.perc.net/wp-content/uploads/2013/09/fcra_report.pdf, 5.

[4] En este sentido, ENGEL, K. y McCOY, P. (2011), *The Subprime Virus: Reckless Credit, Regulatory Failure, and Next Steps* Oxford University Press, 2011; Suffolk University Law School Research Paper No. 11-13 http://ssrn.com/abstract=1762869 18. A juicio de las autoras citadas el principal factor desencadenante de las hipotecas *subprime* fue la regulación en materia de titulización.

[5] GARCÍA MONTALVO, J. (2009) Financiación inmobiliaria, burbuja crediticia y crisis financiera: lecciones a partir de la recesión de 2008-09, *Papeles de Economía Española,* núm. 122, 66-87. http://84.89.132.1/~montalvo/vivienda/financiacion%20inmobiliaria%20y%20crisis%20financiera.pdf

[6] GARCÍA MONTALVO, J. (2009), 16.

[7] La banca privada en España siempre ha estado concentrada en pocas entidades que han recibido un trato privilegiado por parte del poder político. Como ha puesto de relieve PÉREZ, S. Poder político y poder económico en España, 72 http://codexvirtual.com/hbancaria/wp-content/plugins/documentos/files/Banca_y_poder_politico_en_EspanaUn_analisis.pdf, un ejemplo de esta vinculación entre poder político y financiero fue el *privilegio de pignoración automática de deuda pública* (Ley de Ordenación Bancaria de 1921), instaurado a principios del siglo pasado por virtud del cual la banca suscribe las emisiones de deuda pública y a cambio podía obtener del Estado una línea de crédito del Banco de España con los títulos como garantía. El déficit público del Estado tenía una financiación segura (bastante más rentable electoralmente que subir los impuestos) y los bancos estaban contentos porque la cartera de deuda pública era un activo muy líquido que daba un rendimiento seguro. Con este «colchón» los bancos empezaron a prestar sin preocuparse mucho del riesgo porque estaba el Banco de España que iba a ser en última instancia el prestamista. Así crecieron los grandes bancos que actuaron en régimen de oligopolio. Algo que por muchos economistas se consideró como uno de los principales males de la economía española. Cuando pocas entidades tienen en su mano la financiación del Estado y de las grandes empresas, es obvio que su poder en la economía se incrementa condicionando las decisiones políticas. Pocas inversiones pueden hacerse sin el aliado de la banca. Toda ayuda tiene por supuesto su contraprestación a nivel legislativo. Las normas tendrían que seguir preservando esa falta de competencia, porque solo desde un oligopolio, el poder *político* de las entidades financieras se podía mantener.

[8] ARGANDOÑA, Antonio (2010), *La dimensión ética de la crisis financiera*. Documento de investigación DI 872, IESE, 2. Se han creado incentivos perversos apoyados en la codicia. Ejemplos de ello son la remuneración de los *brokers* de hipotecas establecida en función del volumen de créditos concedidos no de su solvencia probable. Esto fomentaba una concesión arriesgada de ese tipo de créditos e incluso el falseamiento de la información en las solicitudes (…). La crisis fue un monumental fallo de gestión del riesgo financiero en todos los niveles, los gobiernos, reguladores, supervisores, hasta muchas instituciones financieras y sus clientes.

[9] Esta crisis ha evidenciado que un marco legal que establezca incentivos adecuados previene de manera efectiva crisis financieras y su impacto en los consumidores evitando el endeudamiento excesivo de los particulares y el préstamo irresponsable. Se cita el caso de Singapur que pone límites al *Loan to value* (LTV) y prohibiendo determinados productos hipotecarios (*interest-only housing loans* que permiten al prestatario pagar solo los intereses

durante un determinado periodo de tiempo). Así mismo en Singapur se imponen límites para contraer una deuda sin garantía: el importe no puede superar dos veces el salario mensual del prestatario. También Hong Kong impone límites en LTV del 70% y límites en *debt servicing ratios* del 50%, tomando en cuenta el nivel de endeudamiento del potencial deudor. FINANCIAL STABILITY BOARD (2011), *Consumer finance protection with particular focus on credit*, 4 http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111026a.pdf (Consultado el 26 de julio de 2016).

[10] PICCIOTO, Sol (2009), *Disembedding and regulation: the paradox of international finance* (The social embeddedness of transnational markets Conference, Bremen, 2006 http://eprints.lancs.ac.uk/23551/1/Regulation_and_International_Finance.pdf (Consultado el 26 de julio de 2016).

[11] FINANCIAL STABILITY BOARD (2011), 1.

[12] De ahí que en la actual crisis financiera se haya postulado una vuelta a la separación entre banca comercial y banca de inversión DENNING, Steve, Rethinking capitalism: Sandy Weill says bring back Glass Steagall, http://www.forbes.com/sites/stevedenning/2012/07/25/rethinking-capitalism-sandy-weill-says-bring-back-glass-steagall/#759c08d37989

[13] ENGEL, K, y McCOY, P. (2011), 15.

[14] BANCO MUNDIAL, (2014) El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, Nota introductoria y versión traducida por José María GARRIDO en ADCo núm. 31, enero-abril 2014, 239. http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf, 239.

[15] BANCO MUNDIAL, (2014).

[16] COMISIÓN EUROPEA, Libro Blanco sobre la integración de los mercados de crédito hipotecario en la UE, 18 de diciembre de 2007 COM(2007) 807 final, 5 en donde justifica la necesidad de intervención legislativa a nivel europeo en el hecho de que: «La concesión irresponsable de préstamos y la venta abusiva de préstamos hipotecarios por prestamistas o intermediarios de crédito sin escrúpulos pueden tener consecuencias negativas para el conjunto de la economía, como ha demostrado la actual crisis de las hipotecas de alto riesgo».

[17] CUENA CASAS, M. Ficheros de solvencia positivos, privacidad y mercado de crédito, en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 281-417.

[18] *Vid.,* Apartado III del presente trabajo.

[19] No es la estructura del derecho real de hipoteca la que merece ser cuestionada. Instrumento que ha permitido el acceso al mercado de crédito de muchos ciudadanos a un coste razonable. Las críticas que ha recibido y la mediática reclamación de la dación en pago como remedio al sobreendeudamiento hipotecario están, a mi juicio, injustificadas. El acreedor refuerza su derecho de crédito y ello no debe excluir la posibilidad de ejecutar otros bienes del deudor (art. 1911 del Código Civil). Aun cuando se admite la hipoteca de responsabilidad limitada (art. 140 LH), la solución al problema no está en esa limitación, sino en que el prestamista evalúe correctamente la capacidad de reembolso del deudor. Analizo estas cuestiones en CUENA CASAS, M. (2012) Insolvencia de la persona física y sobreendeudamiento hipotecario: «intentos» de regulación y ninguna solución, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 37, 97-110.

[20] El Reglamento (UE) núm. 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013 encomienda al Banco Central Europeo (BCE) tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito. Se crea el Mecanismo Único de Supervisión (en adelante, MUS), compuesto por el BCE y las autoridades nacionales competentes, entre las que se encuentra el Banco de España.

[21] No en vano la palabra crédito procede del latín *credititus* (del verbo *credere*) que significa creer, confiar. El concepto, desde su raíz etimológica, se basa en la confianza que se deposita, sobre el cumplimiento de la obligación o promesa de pago de un deudor.

[22] RONA-TAS, Akos y GIUSEVA, Alya, (2013) Information and Consumer Credit in Central and Eastern Europe, *Journal of Comparative Economics,* 41(2), 420.

[23] GALLEGO, E, (2014) «La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento», en Cuena Casas, M y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi, 208.

[24] BALBUENA, M, (2014) Análisis del riesgo financiero de las personas físicas y su impacto en el coste crediticio, en Cuena Casas, M y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Thomson Reuters Aranzadi.

[25] Este fallo en el ámbito de la supervisión ha sido generalizado a nivel mundial. FINANCIAL STABILITY BOARD (2011), 5.

[26] Así lo dispone el artículo 89.1-1 de la Ley 10/2014 (LOSS): «las entidades de crédito que infrinjan normas de disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este Título».

[27] El Comité de supervisión bancaria de Basilea ya tomó medidas en 1988 (Basilea I) estableciendo que el capital mínimo que las entidades debían tener en función de sus activos ponderados en función del riesgo debía ser del 8%. En 2004 (Basilea II) se percatan de que había que introducir criterios para la valoración de tales activos (algo que se evidenció con la crisis hipotecaria donde el valor de los inmuebles garantizados era muy inferior al valor real de mercado). Las calificaciones de riesgos basadas en modelos internos debían ser controladas por el supervisor. Todo ello se mostró insuficiente para evitar la crisis financiera: entidades apalancadas y capital deteriorado. Todo a la vista de los supervisores que no actuaron. Visto el fracaso del sistema se propone un nuevo cambio regulatorio (Basilea III) que parte del mismo planteamiento, aunque con nuevas exigencias cuyo cumplimiento se sigue dejando en manos del supervisor.

[28] Las medidas destinadas a robustecer la solvencia de los bancos (tras las recomendaciones del Comité de Supervisión bancaria de Basilea (Basilea III) se han implementado en la UE a través del marco jurídico que regula el acceso a la actividad, el marco de supervisión y las disposiciones prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión (Directiva 2013/36/UE y en el Reglamento (UE) núm. 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, ambos de 26 de junio de 2013). Nuestra regulación se ha adaptado a tal normativa a través de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y a su desarrollo llevado a cabo por el Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero. Tal adaptación se ha consumado con la Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, a las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia, que completa la adaptación del Ordenamiento jurídico español a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) núm. 575/2013. (*BOE* de 9 de febrero).

[29] Entre estas medidas destinadas a aumentar la calidad del capital (Common Equity) modificando la definición de capital regulatorio con objeto de que la entidad esté en mejor posición para absorber las pérdidas. Se adoptan también medidas para mejorar la captura de riesgos (particularmente para actividades de titulización de activos) habida cuenta de las «trampas» que se habían hecho en la valoración de los activos con objeto de evitar la obligación de provisionar. Se aumentan los requerimientos de capital por riesgo de crédito a las exposiciones interbancarias frente a entidades grandes. También se ha acordado que las entidades constituyan colchones de capital fuera de los períodos de estrés que puedan ser utilizados según se vayan produciendo pérdidas. Así mismo, se establece una ratio de apalancamiento que relaciona el capital con la exposición total de la entidad ajena al riesgo.

[30] RODRÍGUEZ DE CODES, Elena, (2010) Las nuevas medidas de Basilea III en materia de capital, Estabilidad financiera núm. 19. Banco de España http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/10/Nov/Fic/ref0119.pdf 18. Si en Basilea II el requerimiento de capital regulatorio era del 8%, con Basilea II el porcentaje se calcula en función de activos ponderados por riesgo. Como señala la autora citada. Con la nueva normativa se pasará, por tanto, de un requerimiento mínimo de *Common Equity* (antes de ajustes) de un 2% a un requerimiento mínimo de *Common Equity* (con ajustes) de un 4,5%. Si añadimos el colchón de capital que las entidades deben constituir, el importe del *Common Equity* será de, al menos, un 7% del valor de los activos ponderados por riesgo».

[31] El régimen contable de las entidades de crédito españolas se regula en la Circular 4/2004, de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros. En el anejo IX de la Circular 4/2004 se desarrolla el marco general de gestión del riesgo de crédito en aquellos aspectos relacionados con la contabilidad. En particular, dicho anejo aborda, entre otros, las políticas de concesión, modificación, evaluación, seguimiento y control de las operaciones, que incluyen su clasificación contable y la estimación de las coberturas de las pérdidas por riesgo de crédito. El Anejo IX ha sido actualizado por la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España. Esta regulación cumple objetivos prudenciales, es decir, para controlar las pérdidas de carteras crediticias de los consumidores.

[32] Desarrollada por Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

[33] ORDÁS ALONSO, Marta (2014), El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos. Especial consideración a los costes asociados y la obligación de transparencia, Ed. Bosch, 102. GALLEGO SÁNCHEZ (2014), 231.

[34] Un ejemplo de ello es el artículo 682 LEC. *Vid.,* CUENA CASAS, M, Tasaciones de inmuebles y (des)protección del deudor hipotecario, http://hayderecho.com/2015/02/11/tasaciones-de-inmuebles-y-desproteccion-del-deudor-hipotecario-hacia-una-nueva-burbuja-inmobiliaria/

[35] BANCO MUNDIAL, El tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, Nota introductoria y versión traducida por José María Garrido en *ADCo* núm. 31, enero-abril 2014, 240. http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf

[36] No tengo en cuenta la regulación emanada de reforma de la LC por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de Apoyo a los Emprendedores y su internacionalización que introdujo este mecanismo en el art 178.2 LC, pero careció de impacto práctico relevante, dado el carácter restrictivo de su regulación. Cfr. CUENA CASAS, M, (2014) Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*, *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 3, 123-159.

[37] 1. *Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal.*

Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica.

Adicionalmente, de acuerdo con las normas dictadas en desarrollo de la letra a) del apartado siguiente, las entidades de crédito llevarán a cabo prácticas para la concesión responsable de préstamos y créditos a los consumidores. Dichas prácticas se recogerán en documento escrito del que se dará cuenta en una nota de la memoria anual de actividades de la entidad.

[38] *Vid.,* Apartado III del presente trabajo en relación con las restricciones que introduce la Ley de Protección de Datos personales (LOPD) en el flujo de información positiva de solvencia y su incidencia en el establecimiento de un régimen jurídico adecuado del incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

[39] Anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, modificada por la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España.

[40] Último párrafo del artículo 29 LES: «Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente, las entidades facilitarán a los consumidores, de manera accesible y, en especial, a través de la oportuna información precontractual, las explicaciones adecuadas para que puedan evaluar si todos los productos bancarios que les ofrecen, en particular los depósitos a plazo y los créditos o préstamos hipotecarios o personales, se ajustan a sus intereses,

necesidades y a su situación financiera, haciendo especial referencia a las características esenciales de dichos productos y los efectos específicos que puedan tener sobre el consumidor, en especial las consecuencias en caso de impago».

[41] Artículo 214 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

[42] Letra f) de la disposición derogatoria de la Ley 10/2014 (LOSS). Sin embargo, en el texto consolidado de la LES publicado en el BOE curiosamente aparece como vigente el último párrafo del artículo 29.2: «*lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela*». Ello se ha justificado como un error del *BOE* ZUNZUNEGUI, F. (2014) Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 148. También en *Revista del Derecho del Mercado Financiero,* 2015 http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2013/12/zunzunegui-wp-2_2015-evaluacion-de-la-solvencia-en-la-concesion-de-creditos-hipotecarios.pdf, 12.

[43] Artículo 18.1. *«La entidad de crédito, antes de que se celebre cualquier contrato de crédito o préstamo, deberá evaluar la capacidad del cliente para cumplir con las obligaciones derivadas del mismo, sobre la base de la información suficiente obtenida por medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el propio cliente a solicitud de la entidad.*

A estos efectos, las entidades deberán contar con procedimientos internos específicamente desarrollados para llevar a cabo la evaluación de solvencia mencionada en el párrafo anterior. Estos procedimientos serán revisados periódicamente por las propias entidades, que mantendrán registros actualizados de dichas revisiones».

[44] El cliente debe ser persona física (art. 2, OTSB).

[45] ZUNZUNEGUI, F. (2014), 148. ÁLVAREZ OLALLA, P. La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento» en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable,* Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2017, 787.

[46] Se trata de normas que favorezcan:

a) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo.

b) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración.

c) La consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia.

d) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del solicitante.

e) La información precontractual y asistencia apropiadas para el cliente.

f) El respeto de las normas de protección de datos.

Sin perjuicio de la libertad contractual, el Ministerio de Economía y Competitividad podrá efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de créditos o préstamos hipotecarios.

[47] La remisión debe entenderse realizada a los artículos 98 y ss de la Ley 10/2014 LOSS, es decir, multas impuestas por el supervisor.

[48] Anejo IX de la Circular 4/2004, de 22 de diciembre sobre normas de información financiera pública y reservada, y modelos de estados financieros, modificada por la Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España.

[49] *Vid.,* Circular 3/2014, de 30 de julio, del Banco de España, a las entidades de crédito y sociedades y servicios de tasación homologados, por la que se establecen medidas para fomentar la independencia de la actividad de tasación mediante la modificación de las Circulares

7/2010, 3/1998 y 4/2004, y se ejercitan opciones regulatorias en relación con la deducción de activos intangibles mediante la modificación de la Circular 2/2014. Se establecen medidas para fomentar la independencia de las actividades de tasación.

[50] «*(…) Las entidades, cuando ofrezcan y concedan préstamos o créditos a la clientela y, en su caso, presten servicios accesorios a los mismos, deberán actuar honesta, imparcial y profesionalmente, atendiendo a la situación personal y financiera y a las preferencias y objetivos de sus clientes, debiendo resaltar toda condición o característica de los contratos que no responda a dicho objetivo*».

[51] Persona física que actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional (art. 2.1 LCC).

[52] Artículo 14. LCC: 1. *El prestamista, antes de que se celebre el contrato de crédito, deberá evaluar la solvencia del consumidor, sobre la base de una información suficiente obtenida por los medios adecuados a tal fin, entre ellos, la información facilitada por el consumidor, a solicitud del prestamista o intermediario en la concesión de crédito. Con igual finalidad, podrá consultar los ficheros de solvencia patrimonial y crédito, a los que se refiere el artículo 29 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en los términos y con los requisitos y garantías previstos en dicha Ley Orgánica y su normativa de desarrollo.*

En el caso de las entidades de crédito, para la evaluación de la solvencia del consumidor se tendrán en cuenta, además, las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables según su legislación específica.

2. Si las partes acuerdan modificar el importe total del crédito tras la celebración del contrato de crédito, el prestamista deberá actualizar la información financiera de que disponga sobre el consumidor y evaluar su solvencia antes de aumentar significativamente el importe total del crédito.

[53] Artículo 2.2. LCC: El prestamista es la persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional.

[54] Artículo 51 TRLDCU: *1. Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios previstas en esta norma serán sancionadas por las Administraciones públicas competentes con multas de acuerdo con la siguiente graduación: a) Infracciones leves, hasta 3.005,06 euros. b) Infracciones graves, entre 3.005,07 euros y 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de la infracción. c) Infracciones muy graves, entre 15.025,31 y 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los bienes o servicios objeto de infracción.*

[55] Artículo 98 LOSS. Sanciones por la comisión de infracciones graves:

1. Por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad de crédito una multa que podrá ser, a juicio del órgano competente para resolver:

a) De entre el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o

b) De entre el 3% y el 5% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o multa de entre 2.000.000 y 5.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta cifra.

Cuando la entidad infractora fuese una filial de una empresa matriz, se tendrán en consideración, a efectos de determinar el importe de la multa, los recursos propios de la empresa matriz en el ejercicio anterior.

2. Adicionalmente a las sanciones previstas en el apartado anterior, podrán imponerse las siguientes medidas accesorias:

a) Requerimiento al infractor para que ponga fin a su conducta y se abstenga de repetirla.

b) Amonestación pública con publicación en el «Boletín Oficial del Estado» de la identidad del infractor y la naturaleza de la infracción, y las sanciones o medidas accesorias impuestas; o amonestación privada.

[56] A pesar de la falta de referencia expresa, entiende ALVAREZ LATA, N. (2014) Comentario al artículo 14 LCC, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Crédito al Consumo,* Thomson Aranzadi, 611, «que hay incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del consumidor, bien cuando esta no se haga sobre la base de "información suficiente" bien cuando la entidad financiera conceda, a pesar de un resultado negativo del informe de solvencia, sin más un crédito al consumidor». Si el prestamista no puede contratar ante un test negativo de solvencia, tal y como sostiene la autora citada, no parece que la consecuencia en el orden civil pueda reconducirse fuera del terreno de la validez del contrato. Sin embargo, las consecuencias que, a su juicio, se derivan del incumplimiento de tal obligación son la resolución por incumplimiento ejercitable por el consumidor y, en su caso la responsabilidad contractual. A mi juicio, tal resultado es contrario a la finalidad de la norma que es proteger al consumidor ¿Acaso un deudor insolvente va a iniciar acciones legales para resolver el contrato que él mismo no puede cumplir? ¿Cómo sabe el consumidor que su test de solvencia era negativo? ¿Tendrá el consumidor recursos para demandar al prestamista daños y perjuicios? El consumidor solo reaccionará si las consecuencias se expanden al contrato celebrado con el prestamista en forma, por ejemplo, de pérdida de intereses remuneratorios, tal y como se hace en ordenamientos más avanzados.

[57] En otros ordenamientos como Bélgica, la sanción por incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia tiene impacto en el contrato con el consumidor. La Ley de 19 de mayo de 2014 introdujo en el *Code de Droit Economique* (Libro VII, Título I, art. VII.69 y sigs.). Según lo dispuesto en el artículo VII. 195, al margen de otras sanciones, el juez puede anular el contrato o reducir el montante de crédito hasta el máximo del importe solicitado, es decir, la pérdida de los intereses. Así mismo, se le da la ventaja al consumidor para que decida un calendario de pagos del capital. El retraso normativo en España es llamativo en este punto.

[58] Artículo 311-48 *Code de la Consommation:* «Cuando el prestamista no haya respetado las obligaciones establecidas en los artículos L. 311-8 y L. 311-9, se verá privado del derecho a los intereses, en su totalidad o en la proporción que el juez determine. […].

El prestatario solo estará obligado a reembolsar el principal conforme al calendario de vencimiento previsto y, en su caso, a pagar los intereses de los que no se haya privado al prestamista. Las cantidades percibidas en concepto de intereses, que producen interés al tipo de interés legal desde el día de su abono, serán devueltas por el prestamista o se imputarán al capital restante adeudado». Este precepto ha sido modificado por Ley 2016-231 de 14 de marzo de 2016. El prestamista perderá el derecho a los intereses en su totalidad o en la cantidad fijada por el juez.

[59] En contra, ALFARO AGUILA-REAL, J. La obligación de comprobar la solvencia del consumidor antes de conceder un préstamo, http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/la-obligacion-de-comprobar-la-solvencia.html A su juicio, el banco tiene incentivos para comprobar la solvencia de los consumidores a los que presta dinero, de manera que la norma de la Directiva es un poco absurda ya que no es necesario «disuadir a los bancos de la conducta consistente en no comprobar la solvencia de los deudores». De ahí que la solución española —imponer una sanción administrativa— parece más ajustada. Yo creo que sí hace falta establecer incentivos para que el banco evalúe la solvencia. La actual crisis financiera es buena prueba de ello.

[60] DÍAZ RUIZ, Emilio (2011), Crédito bancario responsable, 226, http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3212/documento/art28.pdf?id=3357

[61] En este sentido, DÍAZ RUIZ, Emilio (2011), 228.

[62] Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. https://www.boe.es/doue/2014/060/L00034-00085.pdf

[63] MAK, V, (2015) «What is responsible lending= The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands», Journal Consum Policy, núm. 38, 411.

[64] Así, por ejemplo, destaca la falta de referencia en la DCC a lo que acontece cuando el test de solvencia es negativo. Aspecto sobre el que sí se pronuncia la DCH [art. 18.5 a)].

[65] En este sentido, RAMSAY, I. (2016) Changing policy paradigms o EU consumer credit and debt regulation, en: LECZYKIEWCZ, D. y WEATHERILL, S. (ed) *The Image of the Consumer in EU Law*. Hart, Bloomsbury., 171, quien se muestra crítico con las diferencias de regulación de la obligación de evaluar la solvencia en la DCC y en la DCH, y, particularmente con la mayor exigencia en materia de crédito hipotecario en relación con los deberes de préstamo responsable. A su juicio, consumidores con bajos ingresos usan más el crédito al consumo sin garantía y con altos tipos de interés. Los problemas de préstamo irresponsable son particularmente graves y están asociados altos tipos de interés en los préstamos rápidos (*payday loans*).

[66] En este sentido, RONCERO SÁNCHEZ, Antonio (2014) La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios. Protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario. En Alcalá Díaz, Mari Ángeles (Dir.), *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario,* Madrid, Dykinson, 51. A su juicio, la DCH se orienta fundamentalmente a establecer criterios y reglas a partir de las cuales los Estados miembro han de disciplinar la actuación de los sujetos intervinientes en el mercado hipotecario, sin incluir por tanto normas estrictamente de Derecho privado dirigidas a regular la relación jurídica que se establece entre los particulares que concluyen el contrato de préstamo». En el mismo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, K. (2015) Una invitación a los Estados miembro de la UE: normas prudenciales a favor del consumidor en los préstamos de adquisición de bienes inmuebles de uso residencial. (A propósito de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de noviembre de 2014). *Revista de Derecho,* 3 Civil. vol. 2, núm. 2, 19. http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/126/105, 3 «Aunque la Directiva contiene medidas con las que se puede combatir la irresponsabilidad en la concesión de préstamos, se quedan en medidas de conducta que no trascienden realmente al contrato de crédito». La DCH no establece las sanciones por incumplimiento, pero ello no significa que no puedan los Estados establecer sanciones contractuales. Como señalaré posteriormente, los Estados *deben* establecer consecuencias contractuales porque de lo contrario no serán disuasorias las sanciones.

[67] MARÍN LÓPEZ, Manuel (2014) Comentario a la Disposición final primera, en Marín López, M. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo,* Thomson Aranzadi, 1298.

[68] GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014) La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, en Prats Albentosa, L. y Cuena Casas, M. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia,* Thomson Reuters Aranzadi, 208.

[69] ALBIEZ DOHRMANN, K, (2015), 8.

[70] Se denuncia el déficit de protección del consumidor brindada por el Banco de España en el INFORME DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO, (2013) Crisis económica y deudores hipotecarios, 9, en el que recomienda «insistir en que debería re forzarse su independencia con mayores competencias para que pueda hacer cumplir la normativa a las entidades financieras, con el fin de que un mercado asimétrico se vuelva más justo».

[71] ALBIEZ DOHRMANN, K. (2015), 19.

[72] En este sentido, DÍAZ-ALABART (2014), 233.

[73] *«(…) Los Estados miembro no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones legales que diverjan de las establecidas en el artículo 14, apartado 2, y el anexo II, parte A, con respecto a la información precontractual normalizada mediante una Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), y el artículo 17, apartados 1 a 5, 7 y 8, y el anexo I, por lo que respecta a una norma común y coherente para el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE)».*

[74] Algunos aspectos son especificados en el Considerando 55: «*Dicha evaluación de la solvencia debe tomar en consideración la totalidad de los factores necesarios y pertinentes que puedan influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de este. En particular, la capacidad de los consumidores para asumir el servicio de la deuda y reembolsar la totalidad del crédito debe evaluarse teniendo en cuenta*

los futuros pagos que sean necesarios en caso de amortización negativa o pagos diferidos de capital o de intereses, y teniendo en cuenta asimismo otros gastos periódicos, deudas u otros compromisos financieros, así como los ingresos, ahorros y activos. También deben llevarse a cabo ajustes razonables asociados a futuras eventualidades durante la vigencia del contrato de crédito propuesto, por ejemplo la reducción de ingresos que se produce cuando el plazo del crédito se alarga hasta la jubilación o, en su caso, el aumento del tipo de interés o una evolución negativa del tipo de cambio».

[75] A los problemas que plantea nuestro sistema de información crediticia y su incidencia en el régimen del préstamo responsable me referiré en el apartado III del presente trabajo. Vid, respecto de la DCC, la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-449/13)., en relación con la información que debe tener en cuenta el prestamista, bastando solo la información aportada por el consumidor sin que tenga que ser comprobada su veracidad.

[76] Así se establece en el informe del Banco Mundial (2013) Responsible lending. Overview regulatory tools, 44. http://siteresources.worldbank.org/EXTGLOBALFINREPORT/Resources/8816096-1361888425203/9062080-1364927957721/9115725-1384205223659/Responsible_Lending_Paper.pdf

[77] Estos límites no se fijan ni en la Circular 5/2012 ni en la Circular 4/2016 que establecen los principios que han de tenerse en cuenta para evaluar la solvencia. La indefinición es llamativa. En el Anejo VI de la Circular 5/2012 en el apartado tercero se señala que la relación entre el importe del préstamo o crédito, y sus potenciales ampliaciones, y el valor de la garantía debe ser «prudente». En lo referente a la ratio préstamo-ingresos, en el apartado segundo se señala que «en ningún caso la renta disponible resultante tras atender el servicio de sus deudas podrá suponer una limitación notoria para cubrir decorosamente los gastos de vida familiares del prestatario». La indefinición es total y el margen de maniobra que tiene la entidad es sumamente generoso. Cuanto más laxos sean los criterios, más difícil es la supervisión y el control del cumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia.

Sí se ponen límites en otros países como Reino Unido (45% de los ingresos). Para una visión comparada, *vid*., ÁLVAREZ OLALLA, P. La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento, en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables,* 744.

[78] Este aspecto está específicamente regulado en Bélgica. Así la Ley de 19 de mayo de 2014 introdujo en el *Code de Droit Economique* (Libro VII, Título I, artículo VII.69 y siguientes) una regulación en materia de préstamo responsable con objeto de transponer la directiva comunitaria 2008/48 de Crédito al Consumo. El prestamista no solo tiene que verificar los ingresos del deudor y los préstamos ya asumidos, sino que tiene que realizar un análisis presupuestario con objeto de valorar la cantidad de ingresos disponibles del deudor para el abono del préstamo. La información solicitada y los datos aportados deben constar por escrito en un formulario (art. VII.69), de forma que se preconstituya la prueba de una correcta evaluación de la solvencia. Y es que, como señala JÉRUSALMY, O. (2014) Practiques de crédit responsables: des progês notables dès 2015, https://www.financite.be/sites/default/files/references/files/oj_pratiques_de_credits_responsables_des_progres_notables_des_2015_0.pdf, 4, «cuando la ley impone una obligación de comportamiento, puede ser compleja la evaluación de su cumplimiento por el juez y la imposición de sanciones. De esta forma, constando en un documento el presupuesto del deudor y además la información que consta en el Registro Público, puede el juez valorar con base en datos objetivos el grado de cumplimiento de su deber de evaluar la solvencia».

[79] El TJUE en Sentencia de 18 de diciembre de 2014 (asunto C.449/13) en relación con la DCC, señala que la carga de la prueba del cumplimiento de la obligación de evaluación de la solvencia corresponde al prestamista: «el principio de efectividad quedaría afectado si la carga de la prueba del incumplimiento de las obligaciones del prestamista incumbiera al consumidor. En efecto, este no dispone de medios que le permitan demostrar que el prestamista no le haya facilitado la información prescrita su solvencia. En cambio, el principio de efectividad se garantiza cuando el prestamista está obligado a acreditar ante el juez el buen

cumplimiento de sus obligaciones precontractuales: un prestamista diligente debe ser consciente de la necesidad de reunir y conservar pruebas del cumplimiento de sus obligaciones de información y de explicación».

[80] Así lo entienden en relación con la LCC, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús (2011) Obligación de asesoramiento, obligación de evaluar la solvencia del consumidor y otras obligaciones precontractuales del prestamista. Su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo, https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/6/2011/6-2011-8.pdf, 8. ORDÁS ALONSO, M, Los contratos de Créditos al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio, *Cuadernos de Aranzadi Civil-Mercantil,* Thomson Aranzadi, 146.

[81] Coincido en este punto con ALVAREZ LATA (2013), 609.

[82] No se desnaturaliza su condición de obligación precontractual por el hecho de que, tal y como dispone el artículo 18.6 DCH, sea exigible una reevaluación de la solvencia con base en información actualizada antes de cualquier aumento significativo del importe total tras la celebración del contrato de crédito, a menos que dicho crédito adicional estuviera considerado e incluido en la evaluación de solvencia inicial. El aumento del importe del crédito puede entenderse como nuevo contrato o novación del anterior y la evaluación debe hacerse con carácter *previo* a la misma.

[83] DÍAZ-ALABART, S. (2015), Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas de ficheros de solvencia, en Díaz-Alabart, S. (Dir.) y Represa Polo, P. (Coord.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE),* 230.

[84] *Vid.,* Apartado III del presente trabajo.

[85] Tales límites existen en el artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario para la titulización de los préstamos hipotecarios.

[86] Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

[87] Buen ejemplo de ello, en el ámbito del crédito al consumo es el artículo 28 de la *Loi Fédérale sur le crédit à la consommation* de 23 de marzo de 2001 se establece que el prestamista debe medir la capacidad del consumidor para contratar un crédito y se establece un umbral de endeudamiento que el prestamista no puede vulnerar: solo debe tener en cuenta el salario del consumidor y no su patrimonio. De sus rentas de trabajo hay que detraer el salario inembargable, la renta que pague por el arrendamiento de su vivienda, la carga tributaria correspondiente a sus ingresos y el pasivo que ya tenga asumido. Realizados los cálculos con base en esos criterios, podrá concederse crédito de manera que la mensualidad que tenga que abonar no supere la diferencia entre la renta mensual y sus gastos. La capacidad para contratar se valora sobre la base de un plazo de amortización del crédito de 36 meses. Cuando la entidad incumple esta obligación de evaluar la solvencia con base en tales criterios, pierde el importe del crédito que ha hecho, incluyendo intereses y comisiones. El consumidor puede solicitar la devolución de todas las cantidades ya pagadas en virtud de las reglas del enriquecimiento sin causa.

[88] Se justifica el trato diferenciado en el Considerando 22 «por la necesidad de tomar en con sideración las enseñanzas extraídas de la crisis financiera, a fin de garantizar que la emisión de créditos se realice de manera adecuada. A este respecto, resulta oportuno que las disposiciones relativas a la evaluación de la solvencia sean más estrictas que las vigentes en relación con el crédito al consumo».

[89] En el artículo 14.2 de la Propuesta de DCH 31 de marzo de 2011 COM (2011) 142 final, 2011/0062(COD) disponía que los Estados velarán porque: a) *Siempre que* la evaluación de la solvencia del consumidor *arroje un resultado negativo en cuanto a la capacidad de este para reembolsar el crédito durante el periodo de vigencia* del contrato*, el prestamista deniegue el* crédito. El cambio a la redacción vigente se produce por la enmienda núm. 79 introducida en el Parlamento Europeo (Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento Europeo) http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-

2012-0202+0+DOC+XML+V0//ES#title2 Como se puede apreciar, el texto definitivamente aprobado es menos contundente que el que figuraba en el Anteproyecto.

[90] Así lo entiende DÍAZ ALABART (2014), 256.

[91] Así lo entiende también LUQUIN BERGARECHE, Raquel, (2015) *El crédito al consumo en el contexto de crisis: impacto normativo y tutela del consumidor,* Thomson Aranzadi, 300.

[92] DÍAZ-ALABART, S. (2015), 256.

[93] GALLEGO SÁNCHEZ, E (2014), 222.

[94] Considerando 57 *in fine*: «*(…) el hecho de que la evaluación de la solvencia arroje un resultado positivo no debe comportar para el prestamista la obligación de conceder un crédito*».

[95] En este sentido se pronuncia también ÁLVAREZ OLALLA, P. La obligación de evaluar la solvencia…, *cit*., 794.

[96] En esta línea, es revelador el Considerando 57 DCH: «*La decisión del prestamista sobre la concesión o denegación del crédito debe ser coherente con el resultado de la evaluación de la solvencia. Por ejemplo, la capacidad del prestamista de transferir parte del riesgo crediticio a un tercero no debe llevarle a ignorar las conclusiones de la evaluación y con ello a ofrecer un crédito a un consumidor con pocas posibilidades de devolverlo. Los Estados miembro deben poder incorporar este principio a su Derecho nacional exigiendo a las autoridades competentes que tomen las medidas pertinentes en el marco de las actividades de supervisión y que vigilen el cumplimiento por los prestamistas de los procedimientos de evaluación de la solvencia (…)*». Como se puede apreciar del texto transcrito, se exige a los Estado que tomen medidas en el ámbito de la *supervisión* para evitar que el prestamista conceda el préstamo ante un test de solvencia negativo.

[97] Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial» COM (2011) 142 final — 2011 /0062(COD), 3.

[98] En este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014) La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento, en Cuena Casas, M. y Prats Albentosa, L. (Coord.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia,* Thomson Reuters Aranzadi, 208.

[99] La interpretación que propongo es similar al criterio acogido en el artículo 214.4 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre del Mercado de valores en relación con el test de idoneidad en relación con los productos de inversión. Tampoco en este caso se prohíbe la contratación. Dicho precepto establece que «cuando el cliente no proporcione la información indicada en el apartado 1 o esta sea insuficiente, la entidad le advertirá de que dicha decisión le impide determinar si el servicio de inversión o producto previsto es adecuado para él». *Vid.,* Sentencia del Tribunal Supremo 716/2014, de 15 de diciembre en relación con el artículo 79 bis de la ya derogada Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, en donde se señala que el incumplimiento del deber de realizar el test de idoneidad y de conveniencia en los productos financieros no conlleva la nulidad de la adquisición de un producto financiero. La ley no establece tal sanción y «con la contravención de tales deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites de la autonomía de la voluntad».

Dispone el apartado 5 que «*en caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo según lo establecido en el artículo 217, se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo*».

[100] El apartado 8 del Anejo 6 de la Circular 5/2012, de 27 de junio que regula los Principios generales aplicables para la concesión de préstamos responsables, establece que la entidad deberá establecer «*unas reglas que definan las circunstancias y situaciones en las que la entidad permitiría, en su caso, excepcionalmente, operaciones de préstamo o crédito en condiciones fuera de los límites y condiciones generales aprobados*». La posibilidad de contratar cuando no se cumplen los requisitos, está admitida expresamente.

[101] Para DÍAZ-ALABART (2014), 255, hay prohibición de contratar, si bien no aclara los efectos de esta toma de postura. Por el contrario, postula (237) que la consecuencia derivada del incumplimiento o cumplimiento incorrecto de la obligación de evaluar la solvencia sea la pérdida de intereses, solución que comparto.

[102] Si se considera que la DCH solo contiene normas prudenciales o de conducta, ni siquiera la prohibición de contratar provocaría la nulidad del contrato. En este sentido, GALLEGO (2014), 232, entiende que el incumplimiento absoluto del deber de evaluar la solvencia no da lugar a la nulidad del contrato. La vulneración de normas administrativas no da lugar a nulidad de contrato. A mi juicio, como he señalado, la regulación de la obligación de evaluar la solvencia en la DCH no es norma de conducta. Debe ser transpuesta en norma con rango de ley. Si se establece legalmente la prohibición de contratar, la sanción sería la del contrato. De hecho, el artículo 18.4 DCH prevé un cierto impacto contractual al referirse a la imposibilidad de la entidad de «anular» el contrato. Por ello estimo que en una futura transposición de la DCH no debe establecerse la prohibición legal de contratar.

[103] Así lo entiende ZUNZUNEGUI (2014), 20, quien no aclara los efectos de esa nulidad ni quién puede hacerla efectiva. Para DE LA PEÑA, Luis, y LÓPEZ FRÍAS, Juan (2013), Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento, *RDBB* núm. 130, 18, refiriéndose a la normativa de crédito al consumo, entienden que la concesión de un préstamo con test negativo de solvencia provoca la anulabilidad del contrato por error (o incluso dolo) «para resolver el contrato con base en el artículo 1265 CC». También defiende la prohibición de contratar ANDERSON, M. La Directiva 2014/17, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español, en Arroyo Amayuelas, E. y Serrano de Nicolás, A. (dirs.), *La europeización del Derecho privado,* Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2016, 56.

[104] GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014), 235.

[105] ZUNZUNEGUI (2014), 20.

[106] Así lo entiende FALCONE, G. Prestito responsible e valutazione del merito crediticio, *Giruisprudenza Commerciale*. Anno XLIV Fasc. 1-2017, 164.

[107] Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial Bruselas, 31.3.2011 COM(2011) 142 final 2011/0062 (COD) C7-0085/1.

[108] Banco Mundial (2013), núm. 103, 43: «No seguir los límites LTV / DTI o llevar a cabo la evaluación adecuada debe tener un impacto en el prestamista y el prestatario. El prestamista puede estar sujeto a una acción de supervisión (incluyendo una sanción, especialmente por infracciones repetidas o de gran escala), mientras que el prestatario podría beneficiarse de la aplicación de una tasa de interés más baja o prohibición de sanciones si entra en mora. Los prestamistas también podrían ser considerados responsables de los incumplimientos de los clientes sobreendeudados».

[109] CUENA CASAS, M. (2015) La exoneración del pasivo insatisfecho, en Prats Albentosa, L. (ed.), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 92. En el borrador de propuesta de Ley presentada por el Ministerio de Justicia sobre una regulación del régimen de segunda oportunidad para las personas naturales en la que tuve ocasión de participar, el artículo 178bis.5 disponía que «*Excepcionalmente, respecto de las deudas con garantía real, el Juez valorará el conocimiento que el acreedor tenía de la situación de endeudamiento del deudor en el momento de la celebración del contrato, pudiendo ordenar la exoneración en caso de comportamiento irresponsable del acreedor. En el caso de entidades y establecimiento financieros de crédito, se valorará el grado de cumplimiento de los deberes legales de préstamo responsable*».

[110] En el borrador de propuesta de Ley presentada por el Ministerio de Justicia sobre una regulación del régimen de segunda oportunidad para las personas naturales, se sugirió el siguiente texto en el marco del artículo 178 bis LC. La exoneración podía ser denegada «*si el sobreendeudamiento del deudor se ha producido como consecuencia de un recurso desproporcionado al crédito respecto de su capacidad patrimonial o por una gestión patri-*

monial negligente o maliciosa, para lo cual el juez deberá valorar, entre otras, las siguientes circunstancias:

A. La información patrimonial suministrada al acreedor antes de la concesión del préstamo a los efectos de la evaluación de la solvencia patrimonial.

B. El carácter suntuario o necesario de los bienes adquiridos en los 8 años anteriores a la declaración de concurso.

C. El nivel social-profesional del deudor

D Las circunstancias personales del sobreendeudamiento.

E. Si la situación de insolvencia se ha producido por circunstancias previsibles y evitables«

[111] En contra, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.,* 787, considera que las sanciones administrativas deben imponerse tanto si el prestatario está cumpliendo como si no.

[112] En este sentido, ARROYO AMAYUELAS, E., La Directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, *InDret* 2/2017, 27.

[113] Así lo defiende ÁLVAREZ LATA, N. (2014), 615, para el incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia en los contratos de crédito al consumo. MÚRTULA LAFUENTE, V. (2014) Formación y perfección de los contratos de crédito al consumo, en PARRA LUCÁN, M A., *Negociación y perfección de los contratos,* Thomson Aranzadi, 80. También ARROYO AMAYUELAS, E., «La Directiva…, *cit.,* 28 considera adecuada la responsabilidad civil como mecanismo disuasorio del préstamo irresponsable considerando que el daño es el propio contrato. A su juicio «se trata de evitar el crédito predatorio y no de favorecer una litigación estratégica y oportunista del deudor». Entiendo que tal postura lo que elimina es la posibilidad de litigar, ya que, como he dicho, los costes que ello implicaría para un consumidor insolvente ya son suficientemente disuasorios. Esta opción me parece teórica y poco realista para solucionar el problema. Desde luego, las entidades financieras no tendrán ningún temor a estas reclamaciones. Solución claramente *pro creditoris.*

[114] También en Alemania la obligación de evaluar la solvencia ha sido tratada desde la doble perspectiva prudencial y civil. Regulada la obligación de evaluar la solvencia en la Banking Act (*Kreditwesengesetz* - KWG), se contiene otra en el parágrafo 509 del BGB. Su incumplimiento puede suponer la pérdida de intereses e incluso del capital. Vid doctrina citada por FERRETTI Federico, SALOMONE, Ricardo, SUTSCHET, Holger, y TSIAFOUTIS, Victoras, (2016) The regulatory framework of consumer over-indebtedness in the UK, Germany, Italy, and Greece: comparative profiles of responsible credit and personal insolvency law, Parte I, *Business Law Review,* Issue 2, 68.

[115] *1. El prestamista o el intermediario de crédito, antes de conceder el crédito o préstamo hipotecario, debe evaluar la solvencia de la persona consumidora teniendo en cuenta, entre otros criterios, los ingresos presentes y futuros, los ahorros, las deudas y los compromisos financieros de la persona consumidora, de acuerdo con la información suministrada por esta. Esta evaluación no puede fundamentarse, de forma exclusiva, en el valor del bien inmueble sujeto a la hipoteca.*

2. Si, después de la celebración del contrato de crédito o préstamo hipotecario, se prevé un aumento significativo del importe total del crédito otorgado, debe actualizarse la información financiera sobre la persona consumidora y debe volverse a realizar la evaluación de su solvencia, de la forma establecida por el apartado 1.

3. El prestamista debe comunicar a la persona consumidora el resultado de la evaluación de forma inmediata y sin coste para esta.

4. El prestamista no puede conceder el crédito o préstamo hipotecario si el resultado de la evaluación de solvencia de la persona consumidora es negativo. En este caso, el prestamista debe advertir por escrito a la persona consumidora de la imposibilidad de concederle el crédito.

[116] Se incluyen a las personas jurídicas en el concepto de consumidor: «las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios» [art. 4. a)].

[117] Cfr., un análisis más detallado de la regulación MARTÍN FAVA, José María, ¿Qué hay de nuevo en materia de protección a los consumidores de préstamos hipotecarios? Co-

mentarios a la Ley andaluza 3/2016, de 9 de junio. *Revista CESCO de Derecho de consumo,* núm. 19/2016. https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1190/0

[118] Artículo 18.5 c): «*Cuando se deniegue la solicitud de crédito, el prestamista informará sin demora al consumidor de dicha denegación y, si procede, de que la decisión se basa en un tratamiento automático de datos. Cuando la denegación se base en el resultado de una consulta de una base de datos, el presta mista informará también al consumidor del resultado de dicha consulta y de los pormenores de la base de datos consultada*».

[119] http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2017/04/anteproyecto-de-ley-reguladora-de-los-contratos-de-crdito-inmobiliario.pdf

[120] http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario Apartado 197.

[121] Así lo denuncié en mi post sobre Evaluación de la solvencia y Anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Más de lo mismo…, https://hayderecho.com/2017/05/22/evaluacion-de-la-solvencia-y-anteproyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario-mas-de-lo-mismo/

[122] FINCONET, (2014) Report on responsible lending Review of supervisory tools for suitable consumer lending practices, 70. http://www.finconet.org/FinCoNet-Responsible-Lending-2014.pdf Según este estudio en el 65% de los 17 países analizados, es obligatorio consultar bases de datos sobre solvencia patrimonial.

[123] Esta carencia se ha puesto de relieve en el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor titulado: Mejores productos, más posibilidades de elección y mayores oportunidades para consumidores y empresas, COM(2015) 630 final https://www.afi.es/infoanalistas/descargas/1517620/425646/Libro-Verde-sobre-los-servicios-financieros-al-por-menor.pdf

[124] Más extensamente, CUENA CASAS, M. Ficheros de solvencia positivos, privacidad y mercado de crédito, en Cuena Casas, M. (Dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsable,* Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 281-417.

(Trabajo recibido el 6-10-2017 y aceptado para su publicación el 7-11-2017)

La cosa juzgada, la preclusión y la subsanación del título ejecutivo extrajudicial en los procedimientos de ejecución

Res iudicata, the termination and correction of extrajudicial enforcement instruments in enforcement proceedings

por

EDUARDO ESTRADA ALONSO
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

RESUMEN: El trabajo que se presenta trata de aclarar una cuestión controvertida en la doctrina procesalista referente a si el ejecutante de un título judicial al que se le haya denegado la primera ejecución por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título, tiene la opción de presentar un sucesivo segundo procedimiento de ejecución con el título subsanado.

En su contenido, se muestran las bases por las que defendemos que dicho ejecutante podrá optar por un procedimiento declarativo posterior, pero eso no le priva de optar por un nuevo procedimiento ejecutivo si ya ha subsanado el defecto.

Para alcanzar esta convicción hemos analizado, además de los principios sustantivos, el concepto de preclusión y cosa juzgada en la LEC, si existe

diferencia entre los defectos formales y los procesales, y la separación: del régimen de ejecución de los títulos judiciales y de los extrajudiciales, de las distintas fases por las que transcurre la ejecución y de los defectos subsanables e insubsanables.

ABSTRACT: This report tries to clarify a controversial issue in the proceduralist doctrine as to whether the executant of a judicial title, to whom the first execution has been denied due to lack of funds and legal requirements or title irregularities, has the option to submit a successive second execution procedure with the title corrected.

In the content of the report, we show the bases by which we defend that said executant may opt for a subsequent declarative procedure, but that does not deprive him of opting for a new executive procedure if he has already remedied the error.

In order to reach this conviction, in addition to analyzing the substantive principles, we have also analyzed the concept of estoppel and res judicata in the LEC, whether there is a difference between formal and procedural defects, and separation: both the enforcement regime of judicial titles as well as extrajudicial separation, of the different phases by which the execution takes place and of the defects that can be corrected and insurable.

PALABRAS CLAVE: Cosa juzgada. Preclusión. Subsanación. Título ejecutivo extrajudicial.

KEY WORDS: Res iudicata. Termination. Correction. Extrajudicial enforcement instruments.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SUBSANACIÓN EN EL MISMO PROCEDIMIENTO.—III. LA SUBSANACIÓN MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE UN SEGUNDO PROCEDIMIENTO EJECUTIVO CON EL MISMO TÍTULO NO JUDICIAL.—IV. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3.—V. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEC.—VI. EL OBJETO DE REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3 LEC. LA PRECLUSIÓN.—VII. LA PRECLUSIÓN.—VIII. LA SINTONÍA DEL ARTÍCULO 552.3 CON EL ARTÍCULO 561 DE LA LEC.—IX. LA COSA JUZGADA.—X. LA INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 447, 551,552.3, 559 Y 207 LEC SI NO SE PERMITIERAN DOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS CON LOS MISMOS TÍTULOS EXTRAJUDICIALES.

I. INTRODUCCIÓN

Pese a que la Exposición de Motivos de la LEC/2000 se complazca de su regulación sobre la ejecución forzosa, calificándola como *clara, unitaria y completa*, lo cierto es que no es un dechado de perfección.

La Exposición de Motivos presenta, como si fuera un acierto, la sustancial unidad de la ejecución forzosa, para luego reconocer que no se deben impedir las particularidades en función del carácter judicial o no judicial del título. Lo cierto es que la determinación del legislador, en unos casos, de aglutinar en los mismos preceptos todo tipo de ejecuciones (de títulos judiciales y extrajudiciales) para aplicarles los mismos efectos y, en otros, para distinguirlos, arroja confusión, cuando no contradicción.

Como después veremos, el legislador debió ser más explícito a la hora de implantar las diferentes consecuencias que se producen, según haya existido un proceso anterior y con título judicial o se trate de una ejecución de título contractual; también debió precisar si las resoluciones judiciales, denegando el despacho de ejecución en el umbral del procedimiento, son subsanables y si producen los efectos de la cosa juzgada y con qué intensidad y según qué título.

La LEC, al trasladar a la fase de oposición a la ejecución las posibilidades de contradicción, no deja muy claros los efectos sobre la preclusión y la cosa juzgada de las resoluciones judiciales denegando la ejecución decididas *a limine litis* por el juzgador.

Este trabajo va fundamentalmente dirigido a precisar si, después de haber presentado un primer procedimiento ejecutivo con un título no judicial y de que no se admitiera despachar ejecución por falta de presupuestos o requisitos formales y procesales, es posible presentar un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título una vez subsanado lo que obligará a preguntarnos sobre la cosa juzgada, la preclusión y la subsanación en la ejecución forzosa. Adelantando las conclusiones, en contra de una parte importante de la doctrina procesalista, respaldaré la necesidad de que los juzgadores permitan subsanar errores formales (falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos, irregularidades del título o defectos procesales) del título ejecutivo no judicial (escrituras, pólizas mercantiles) en el mismo procedimiento y, en último término, presentando un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título subsanado después de que se haya denegado la ejecución en el primer procedimiento ejecutivo.

Esta última posibilidad parece contradecirse en el artículo 552-3 de la LEC que dispone:

«*Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a este la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución*».

La difícil comprensión de este apartado 3 del artículo 552 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su contradicción con lo dispuesto en el artículo 561, ha suscitado en los foros jurídicos muchas dudas, clamando por una respuesta segura sobre los efectos de la preclusión, la cosa juzgada y sobre si necesariamente, quien fue ejecutante en un primer procedimiento de ejecución fallido, puede interponer otro sucesivamente o ha de interponer necesariamente el procedimiento declarativo que indica el artículo (aunque el precepto 552.3 se refiera al-*sic*- procedimiento ordinario).

Trasladando a la práctica la cuestión anterior, supongamos que viene precedida por otra situación también dudosa, como que el tribunal del primer procedimiento ejecutivo haya denegado el despacho de ejecución no por defectos procesales, sino por motivos formales del título no judicial (por ejemplo la falta de la Diligencia Notarial manifestando que no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo). La pregunta que debemos hacernos es si los defectos formales del título son distintos o pertenecen a otra categoría distinta a los defectos procesales. Pregunta que no es retórica sino que ya se ha planteado en la práctica judicial.

Antes de nada, lo lógico es que ese Tribunal requiera y permita la subsanación incorporando la Diligencia notarial subsanada. Sin embargo, como la práctica es tozuda, algún juzgador ha considerado que no es subsanable porque al no tratarse— el del título— de un defecto procesal, con base en que el artículo 559 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contempla la posibilidad de subsanar defectos del título, sino solamente defectos procesales (¿). El acreedor ha intentado la subsanación de la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título no judicial y el Tribunal la rechazó por no considerar esos defectos del título como un defecto procesal[1], sino formal.

Al complejo escenario anterior, ha venido a sumarse la improvisada modificación del artículo 552.1 para adaptarlo a la justicia comunitaria sobre cláusulas abusivas. Anteriormente a la introducción del análisis judicial del título para determinar si contiene cláusulas abusivas (por Ley 8/2013 de 26 de junio), el juzgador únicamente debía analizar y controlar los requisitos externos, formales y procesales del título y no procedía que analizara de oficio la validez o nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato mercantil y denegar inicialmente el despacho de ejecución por cuestiones de fondo, ajenas al control de los requisitos formales y procesales a que se refiere el artículo 551 LEC/2000[2]. Por eso, antes de esta modificación, se separaban los defectos procesales y los de fondo y podían entenderse mejor los preceptos que vamos a examinar.

Todas estas circunstancias vienen generando algunos desarreglos e interpretaciones inconsistentes, desconsideradas con las diferencias existentes entre los efectos de los procedimientos sumarios y los procedimientos plenarios y mas grave aún, contrarias a los principios de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. LA SUBSANACIÓN EN EL MISMO PROCEDIMIENTO

Analizando estas cuestiones por orden de su trascendencia procesal, comenzamos analizando las posibilidades de subsanación de los defectos formales del título y de los procesales en el mismo procedimiento ejecutivo donde se localicen.

Aunque somos partidarios de que los defectos formales y procesales puedan subsanarse en el mismo procedimiento, para su estudio, debemos separar las distintas fases de la ejecución. Sobre todo porque, de la lectura de la LEC en la primera fase despachando o no ejecución, no se dice nada de la subsanación (arts. 551 y 552 LEC).

Sobre la subsanación de defectos procesales en los procedimientos de ejecución solo se habla en el artículo 559 de la LEC perteneciente a la segunda fase contradictoria, disponiendo que:

> *2. Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre estos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.*
>
> *Cuando el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.*

Ante este texto, se ha planteado la primera duda que ya anunciamos (relacionada con las cuestiones que se analizan en este trabajo, aunque no afecta a sus conclusiones), sobre si el apartado 2 del artículo 559 incluye también la subsanación por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título (a que se refiere el art. 552.1 de la LEC), o solo permite la subsanación de defectos procesales[3].

La respuesta se encuentra en los mismos preceptos citados (551, 552, 553-1) en los que se regula la posibilidad de que el juzgador no despache la ejecución tanto por los defectos procesales, como por las irregularidades formales en el título[4], aunque no se contemple la subsanación. De modo que, aunque los artículos 559 y 231 solo permitan subsanar *defectos procesales,* los formales también han de poder subsanarse.

Como se sabe, después de presentada la demanda ejecutiva, la ejecución transcurre por una fase de admisión o denegación del despacho de la ejecución que, superada, se entra en una fase de contradicción entre las partes.

Aunque no se contemple la subsanación en la fase de admisión a trámite regulada en los artículos 551.1 y 552.1 de la LEC esta debe permitirse en aplicación de lo dispuesto en el artículo 11.3 de la LOPJ:

> *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 insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.*

Pese a ello, la duda sigue suscitándose en la práctica procesal que parece no mantener el mismo criterio en las distintas fases procesales de la ejecución provocando cierta inseguridad.

III. LA SUBSANACIÓN MEDIANTE LA PRESENTACIÓN DE UN SEGUNDO PROCEDIMIENTO EJECUTIVO CON EL MISMO TITULO NO JUDICIAL

Como luego abordaremos, una parte muy relevante de la doctrina procesalista ha entendido que, con la redacción del artículo 552.3 de la LEC, la única forma de subsanar un defecto formal del título o procesal por el que se haya inadmitido la primera ejecución es presentando un procedimiento declarativo posterior. Para este sector doctrinal, si el juzgador se niega a subsanar, el trámite de subsanación para dicha fase de inicio solo se encuentra regulada en el artículo 552.3 que obligaría a presentar un procedimiento declarativo. Como analizaremos, estos autores no se dan cuenta de que este artículo se refiere a títulos judiciales y que es solamente útil para que el acreedor pueda hacer valer sus derechos sustantivos *contenidos en la sentencia o resolución firme de un procedimiento declarativo anterior, en que se hubiese fundado la demanda de ejecución*.

El precepto ni tan siquiera menciona las irregularidades formales de títulos no judiciales cuya regulación se encuentra en el apartado 1 del mismo artículo 552.

Esta opinión doctrinal puede ser utilizada por el ejecutado para combatir los intentos de subsanación descubiertos *a limine litis* por el juzgador. Tal como se estructura la subsanación en la LEC, argumentarán que no es posible hasta la fase de contradicción entre las partes. También podrán argumentar que como el artículo 559 de la LEC permite la subsanación de defectos procesales no cabrá la subsanación de los defectos formales del título no judicial.

Esta inseguridad permitirá que el ejecutado pueda defender que el artículo 552 LEC está emplazado en la fase anterior referida a la decisión judicial

sobre el despacho de ejecución en la cual no se dice nada sobre la subsanación del título.

Esta falta de espacio en la ley otorgando la posibilidad de subsanar defectos formales en el inicio del procedimiento solo es explicable si se da por sobreentendido el principio de subsanación recogido en el artículo 11 de la LOPJ. La escasa redacción de los preceptos sobre ejecución no obedece más que a la consideración de la ejecución forzosa como un procedimiento sumario (por la limitación de alegaciones), en el que se limitan las causas de oposición, pero no puede excluir la subsanación.

Esta limitación de defensa en la primera fase para subsanar defectos formales, lejos de constituir una limitación de subsanación, constituye el primer antecedente lógico de que los procedimientos ejecutivos con base en un título no judicial, precisamente por ser más sumarios, puedan subsanarse en un procedimiento ejecutivo posterior con la admisión de la segunda demanda ejecutiva basada en título no judicial rechazado anteriormente por algún defecto.

Ello enlaza con el efecto de la cosa juzgada en nuestro Ordenamiento jurídico que solo lo producen las sentencias de fondo dictadas en juicios plenarios, no las dictadas en juicios sumarios de cognición limitada[5].

Así lo reconoce la Exposición de Motivos cuando expresa sobre las causas de oposición a la ejecución de los títulos no judiciales: *Se trata, como es fácil advertir, de un elenco de causas de oposición más nutrido que el permitido en la ejecución de sentencias y otros títulos judiciales, pero no tan amplio que convierta la oposición a la ejecución en una controversia semejante a la de un juicio declarativo plenario, con lo que podría frustrarse la tutela jurisdiccional ejecutiva. Porque esta Ley entiende los títulos ejecutivos extrajudiciales, no como un tercer género entre las sentencias y los documentos que solo sirven como medios de prueba, sino como genuinos títulos ejecutivos, esto es, instrumentos que, por poseer ciertas características, permiten al Derecho considerarlos fundamento razonable de la certeza de una deuda, a los efectos del despacho de una verdadera ejecución forzosa.*

Más claro aún es el artículo 222 de la LEC que no recoge ni menciona los defectos formales cuando describe el contenido de la cosa juzgada[6], reduciéndolo a las pretensiones materiales o causa de pedir.

Es importante advertir que estamos hablando de la falta de efectos de cosa juzgada y de la preclusión de las resoluciones sobre los defectos formales del título y que debemos diferenciar de las cuestiones de fondo o materiales. Estas —aunque no todas— pueden ser tratadas posteriormente en la fase de contradicción, incluso más tarde, pero imperativamente ya en un procedimiento declarativo (art. 564 LEC).

A esta subsanación de cuestiones de fondo se refiere el artículo 552.3 de la LEC. Solo estas estarán precluidas para tratar en un nuevo procedimiento ejecutivo, debiendo tratarse en un procedimiento declarativo posterior, salvo que tengan la consideración de cosa juzgada.

Del texto de la Ley, hasta que el Tribunal de Justicia obligó al legislador español a introducir la cuestión de fondo de analizar las cláusulas abusivas, se observa que la fase de denegación del despacho de la ejecución solo procedía en los casos en que existían defectos formales en la relación negocial (551, 552 LEC). Los efectos impeditivos de fondo, por otros hechos jurídicos y circunstancias, los reserva la ley para la fase de contradicción entre las partes que se formaliza por medio de la oposición del ejecutado.

Existe por consiguiente un régimen diferente para cada clase de título y para cada clase de irregularidad. También se debe mantener un régimen diferente para cada fase entendiendo que el juzgador no puede *a limine litis* dejar de despachar la ejecución por razones de fondo, exceptuándose la valoración de las cláusulas abusivas que inoportunamente ha venido a cambiar el esquema lógico primigenio de la LEC del año 2000. Curiosamente, el análisis de las cuestiones de forma se producía en dos fases distintas: A *limine litis* por el Tribunal quien decide si concurren los presupuestos y requisitos procesales, si el título adolece de alguna irregularidad formal (regulada en el arts. 551.1 y 552.3 de la LEC) y en la fase contradictoria por la parte demandada (art. 559 de la LEC). Las de fondo, salvando el análisis de las cláusulas abusivas, se conocen en la fase contradictoria entre las partes.

Como el artículo 552.3 se refiere a la defensa de derechos de fondo del acreedor derivados de un titulo judicial no parece adecuado haberlo incluido en la fase dedicada a analizar si se admite o no el despacho de ejecución *a limine litis,* por más que de forma irreflexiva se haya introducido la existencia de cláusulas abusivas en el título extrajudicial por la Ley 1/2013.

De la lectura de dichos preceptos no cabe más interpretación del artículo 552.3 de la LEC que referido a las cuestiones de fondo (derechos del acreedor) que puede valorar el juzgador (552.3) o alegar la ejecutada primero en la fase de contradicción entre las partes, invocadas por el deudor por medio de la oposición y posteriormente conocerlos en un procedimiento declarativo (en coincidencia con el art. 564 LEC). Esta facultad del artículo 552.3 de la LEC, sería una réplica del procedimiento declarativo que corresponde al deudor en el artículo 564, sobre los hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición.

El artículo 552.3 se refiere a las sentencias y resoluciones firmes porque es lógico que en las ejecuciones de los títulos judiciales, terminada esta fase de contradicción con la resolución firme que proceda (y con las restricciones que contempla para ella la LEC), el ejecutante pueda acudir al procedimiento declarativo que corresponda, salvo que exista cosa juzgada.

Para no dejar desprotegido al acreedor, el artículo 552.3 regula una posibilidad de que el ejecutante pueda acudir a un procedimiento declarativo ordinario para hacer valer sus derechos de fondo— Hasta que no se incluyó la posibilidad del juzgador de denegar la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas era lógico que la impugnación del título extrajudicial estuviera recogida en el ámbito

de la fase de contradicción, como lo está el artículo 564 LEC para el deudor. Como ahora se ha incluido la apreciación por el tribunal de alguna cláusula abusiva en el título no judicial (552.1) la separación existente se ha distorsionado.

Que el juzgador deniegue *a limine litis* despachar ejecución de un título no judicial por motivos de fondo en la fase inicial (pese a que ahora se pueda producir con relación a las cláusulas abusivas), no parece el sistema más adecuado. Y no lo es por lo que arrastra de lentitud, porque el ejecutado antes de la Ley 1/2013 siempre tenía la posibilidad de acudir a un procedimiento declarativo posterior sin ver mermado su derecho de defensa y porque, si el título es finalmente nulo por abusivo, el deudor tendrá que devolver el dinero prestado.

Por eso, la posibilidad que ofrece el legislador cuando sitúa el artículo 552.3 en el umbral de la ejecución, antes de la fase de contradicción, no puede extenderse más que a los supuestos que regula el recién introducido de la existencia de cláusulas abusivas.

El acreedor sí sufriría indefensión si la Audiencia confirma la denegación del despacho de ejecución dictada por el juzgador de Primera Instancia con base en un defecto formal y no se le permitiese subsanar en el mismo procedimiento o presentando un segundo procedimiento ejecutivo con el título subsanado. Obligarle a iniciar un procedimiento declarativo cuando solo se le ha permitido impugnar la oposición en la fase contradictoria no solo parece excesivo[7] (art. 560 de la LEC), sino contrario a la posibilidad que otorga el artículo 562 de la LEC a todas las partes que intervienen en la ejecución.

Prueba de que puede subsanar los defectos formales en el propio procedimiento la constituye el artículo 562 de la LEC que permite al ejecutante denunciar la infracción de normas que regulen los actos concretos del proceso de ejecución por medio del recurso de reposición, o mediante la presentación de un escrito o presentando incidente de nulidad de actuaciones. El precepto que es aplicable a todo el curso de la ejecución se refiere a defectos procesales en los que deben incluirse la subsanación formal del título.

Por tanto, no es de recibo la posición de los tribunales que pretendieran negar la subsanación de los defectos procesales en el mismo procedimiento por considerarse distintos a los defectos formales del título. Dicha subsanación será posible en aplicación del artículo 562 aplicable a todo el curso de la ejecución y del 559 de la LEC.

Como se advierte, la redacción de la LEC no es muy clara cuando ubica el artículo 552 en la fase anterior en la que el juzgador examina si admite el despacho de ejecución refiriéndose a las cuestiones de fondo del acreedor y en la que no se dice nada sobre la subsanación del título. Subsanación que sí se permite en el artículo 559 de la LEC en la fase de contradicción de las partes, en sintonía con el 231 del mismo texto legal.

Para ir tomando posiciones debe apuntarse que, pese a que la LEC huye del doctrinalismo, no deja dudas sobre la consideración de la ejecución forzosa

como un procedimiento sumario (por la limitación de alegaciones), en el que se limitan las causas de oposición. Pero donde la LEC establece mayores grados de sumariedad es en el inicio de la ejecución de títulos no judiciales cuando no se despacha ejecución por un defecto formal.

Todo lo que acaba de decirse tiene relación con el objeto principal de este análisis sobre que el acreedor pueda, si se le ha denegado el despachado de ejecución por el juzgador a *limine litis*, presentar un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título no judicial una vez subsanado, debido a que se trata de una cuestión formal a la que, como explicaré, no puede estar incluida en el artículo 552.3. No ocurre lo mismo con las cuestiones de fondo o materiales, que pueden ser tratadas posteriormente en la fase de contradicción con limitación de excepciones, y después en un procedimiento declarativo si no han constituido ya cosa juzgada.

Como veremos, en nuestro Ordenamiento jurídico el efecto de la cosa juzgada solo lo producen las sentencias de fondo dictadas en juicios plenarios, no las dictadas en juicios sumarios de cognición limitada[8].

La Exposición de Motivos expuesta es indudable y más claro aún es el artículo 222 de la LEC que no recoge ni menciona los defectos formales cuando describe el contenido de la cosa juzgada[9], reduciéndolo a las pretensiones materiales o causa de pedir.

IV. LOS ERRORES DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3

La redacción del artículo 552.3 de la LEC, su interpretación aislada (al margen de lo dispuesto en el apartado 1 del propio precepto), la discordante regulación de la cosa juzgada y de la preclusión, la regulación conjunta de las ejecuciones de títulos judiciales y extrajudiciales en la nueva LEC, y su improvisada modificación para adaptarla a la justicia comunitaria sobre cláusulas abusivas[10], ha confundido a algunos ilustres procesalistas, docentes y magistrados que han denegado una segunda ejecución tras haber sido denegada la primera por defectos formales del título no judicial.

La *quaestio iuris* es determinar si la LEC prohíbe, en todos los casos, dos procedimientos ejecutivos sucesivos con el mismo título no judicial.

Un análisis pausado de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LEC, la separación del régimen de ejecución de los títulos judiciales y de los extrajudiciales, de las distintas fases por las que transcurre la ejecución, de la diferencia de los defectos formales, de los procesales y de las cuestiones sustantivas que se puedan suscitar, de los defectos subsanables e insubsanables y la alusión en su texto a *sentencias y resoluciones firmes, en las que el acreedor hace valer sus derechos contenidos en la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución,* nos ha de llevar a la conclusión de que el

ejecutante tiene la opción de presentar un sucesivo segundo procedimiento de ejecución si se le ha denegado la primera ejecución por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título no judicial.

Desde luego, el acreedor podrá optar por un procedimiento declarativo posterior, pero eso no le priva de optar por un nuevo procedimiento ejecutivo.

Entre los autores más significativos contrarios a esta interpretación se encuentra DÍEZ PICAZO JIMÉNEZ, I.[11], *que se limita a manifestar que la decisión del tribunal denegando la ejecución es recurrible en apelación por el ejecutante, en todo caso, aunque, si así lo desea, puede intentar también la reposición previa. Cuando al ejecutante se le deniegue definitivamente, por un auto firme, el despacho de ejecución, la única vía judicial que le queda libre es la de intentar un proceso de declaración en que reclame el cumplimiento de la obligación. Ahora bien, cuando el título sea judicial, hay que tener en cuenta que en el segundo proceso declarativo se podrá apreciar la cosa juzgada si pretende reclamar lo mismo que se decidió anteriormente.*

También MONTERO AROCA, J.[12] entiende que *«Si falta algún presupuesto procesal o se ha incumplido algún requisito procesal, el tribunal dictará auto denegando el despacho de la ejecución. Dicho auto es susceptible de reposición facultativa, pues contra el mismo cabe apelación directa. Si el auto se convierte en firme, el acreedor no podrá intentar de nuevo que se despache la ejecución con el mismo título, pudiendo acudir al proceso declarativo ordinario que corresponda, sin perjuicio de la posible cosa juzgada cuando se trate de sentencia o de resolución firme (art. 552 LEC)».*

CARRERAS MARAÑA, J.M.[13] también deduce que *«Si el Auto es confirmado y deviene firme, goza del valor de cosa juzgada, en el sentido de que* no puede volver a plantearse el despacho de ejecución por el mismo título. En consecuencia, el acreedor deberá acudir al juicio declarativo que corresponda para obtener la satisfacción de su pretensión. *Ello supone que si el título es contractual no habrá objeción alguna y en el juicio declarativo correspondiente se determinará la eficacia del título, si bien no como título con fuerza ejecutiva, sino como título que fundamenta la acción declarativa. Ahora bien, si el título ejecutivo es una sentencia o resolución judicial (art. 517.2.1ª y 3ª LEC) habrá que verificar si el inicio del nuevo proceso puede estar afectado por la excepción de cosa juzgada, formal (art. 207.3 LEC) o material (art. 222 LEC)».*

GARBERÍ LLOBREGAT[14] ha realizado una interpretación indescifrable del artículo 552.3 LEC confundiendo lo que es la cosa juzgada formal (207 LEC) y material (222 LEC), y concluyendo, como *principal efecto negativo o excluyente, la imposibilidad de volver a entablar una demanda ejecutiva en las mismas condiciones tanto de los títulos que denomina (con los criterios de la LEC de 1881) títulos de ejecución en sentido estricto (sentencias firmes de condena, resoluciones judiciales equiparadas, y laudos arbitrales), como de los*

títulos que califica como títulos de ejecutivos tradicionales (recogidos ahora en los núms. 4.º a 7.º del art. 517.2 de la nueva LEC).

GARBERÍ LLOBREGAT añade que, *si se trata de un título extrajudicial y el defecto es subsanable podrá presentar un procedimiento declarativo si lo hace dentro del plazo de caducidad de la acción. Si el título es judicial y la irregularidad material o procesal insubsanable, el acreedor no dispondrá de ninguna via procesal para obtener la satisfacción del derecho que afirme ostentar. Si es subsanable podrá reclamar dicho derecho por los cauces de un proceso declarativo siempre, que como preconiza el artículo 552.3, al mismo no obste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firmes en que se hubiese fundado la demanda de ejecución.*

FLORS MARÍES, J.[15], expone que *«Una vez firme el auto que deniega el despacho de ejecución se agota con dicho pronunciamiento la posibilidad de ejercitar la pretensión ejecutiva, y el acreedor ya solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a ello la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiera fundado la demanda ejecutiva. Esta previsión, que es consecuencia de los efectos derivados de la firmeza de la resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 207.3 LEC, (…)».*

Esta errónea interpretación de lo que quiere decir el artículo 552.3 de la LEC contradice la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo sobre la cosa juzgada material pero sobre todo aniquila toda la estructura de la ejecución regulada en la LEC.

Las opiniones de los autores citados no son defendibles ni siquiera ateniéndose a la deficiente redacción del artículo 552.3 LEC. La única explicación que cabe en estas suposiciones es que, en su mayoría, se han hecho sin pensar en la posibilidad de presentar nueva demanda ejecutiva basada en los títulos ejecutivos no judiciales (tradicionales) una vez subsanados, cuando el primer despacho de ejecución ha sido rechazado por *defectos formales*. Creo que estos autores se han obsesionado con la imposibilidad de presentar un nuevo procedimiento ejecutivo en los supuestos de títulos judiciales en los que se hayan resuelto cuestiones sustantivas y se han olvidado de los defectos formales.

Solo una lectura superficial y aislada del artículo 552.3 LEC puede llevar a concluir que, cuando el ejecutante ya ha utilizado el título extrajudicial, en un procedimiento de ejecución anterior, no puede volver a utilizarse en un segundo procedimiento de ejecución.

Para contradecir esas opiniones deben tenerse en cuenta muchas circunstancias de las que hemos apuntado que están resueltas en el propio artículo 552 y globalmente en la Exposición de Motivos y otros preceptos de la LEC. Entre otras: la extensión de la cosa juzgada y la preclusión en la LEC, si se trata de títulos judiciales o extrajudiciales, si la denegación se basa en defectos formales, procesales o en fallos que afecten a los derechos sustantivos del acreedor, si son subsanables o no.

A continuación examinaremos cómo aquella interpretación no encaja en la doctrina jurisprudencial sobre la cosa juzgada y la preclusión, pero tampoco en lo que realmente quiere precisar el artículo 552.3 de la LEC[16].

Las opiniones doctrinales opuestas felizmente no son aplicadas por la mayoría de los juzgados en los casos en que no se ha despachado la primera ejecución por la falta de presupuestos y requisitos legalmente exigidos o por irregularidades del título. La prueba es que apenas existen sentencias de las Audiencias a favor de denegar la ejecución por interponer el acreedor un nuevo procedimiento ejecutivo de título extrajudicial por causa de haber sido utilizado anteriormente por razones formales.

Ante la oscuridad de la LEC sobre admitir un nuevo procedimiento ejecutivo de título extrajudicial después de haberse denegado la ejecución del primero por motivos formales, el fundamento principal debemos encontrarlo en la línea interpretativa constante del Tribunal Constitucional que desde la Sentencia 110/1995, de 7 de febrero se proyecta sobre una vertiente del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a favor del derecho de acceso a la jurisdicción y que, en las causas de inadmisión de demanda ejecutiva, entiende que *«el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, sea o no favorable a las pretensiones formuladas, si concurren todos los requisitos para ello». El Alto Tribunal prohíbe, en el acceso a la jurisdicción, la arbitrariedad, la irrazonabilidad o el error patente, y muy especialmente aquellas decisiones de inadmisión —o de no pronunciamiento sobre el fondo— que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas de inadmisión —o no pronunciamiento sobre el fondo— preservan y los intereses que sacrifican.*

En base a este criterio es lógico que excepcionalmente algunos juzgados decidan denegar nuevamente el despacho de ejecución solicitado y, en consecuencia, no admitir la nueva demanda ejecutiva presentada, si a la parte ejecutante se le requirió mediante Diligencia de Ordenación en el primer procedimiento para subsanar el defecto sin que la parte hubiera dado cumplimiento[17]. Lo mismo que cuando la ejecución instada haya sido denegada con anterioridad por un auto que no fue recurrido por el ejecutante y que devino por ello firme[18].

Sin embargo, esta doctrina no puede ser aplicable cuando el Tribunal ni ha requerido ni ha permitido a la parte subsanar el defecto, después de haber agotado todos los recursos posibles. Probablemente porque haya considerado una irregularidad en el título no subsanable.

Basta que algún tribunal haya interpretado o pueda interpretar el artículo 552.3 erróneamente con apoyo en la doctrina anterior, para que pueda producirse un cuantioso y en algún caso descomunal perjuicio.

Este es el caso del Auto núm. 296/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre en el que se rechaza el segundo procedimiento ejecutivo

porque se presenta nuevamente el título que ya se acompañaba en el primer procedimiento ejecutivo donde se establece que[19] *para que se pueda presentar una nueva ejecución en el que se pretende la ejecución del título consistente en seguro de afianzamiento de las cantidades anticipadas para la compraventa de viviendas, en concreto respecto del contrato suscrito en fecha de 17 de mayo de 2007. Sobre el mismo título ya se pretendió por el ejecutante una anterior ejecución que fue denegada al no reunir el título esgrimido el requisito de la justificación o acreditación de la falta de entrega de la vivienda dentro del plazo estipulado, y todo ello de conformidad con lo establecido en la Ley 57/1968 de 27 de julio (RCL 1968, 1335), según consta en el Auto dictado en fecha del 20 de abril de 2010 (folio 117). En el actual procedimiento, la parte ejecutante esgrime el mismo título acompañando ahora certificado del Ayuntamiento de Ocaña que determina la falta de solicitud de licencia de primera ocupación por la entidad constructora afianzada, y la falta de emisión de la misma, viniendo así a subsanar la omisión del primer procedimiento, subsanación que no cabe en modo alguno dentro de la vía ejecutiva por imperativo del artículo 552.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que necesariamente remite al acreedor una vez denegado el despacho de ejecución, al proceso ordinario correspondiente. No se trata por tanto del planteamiento de la excepción de cosa juzgada en sentido formal, sino del agotamiento de una vía especial con remisión ulterior a la ordinaria, y ello con la finalidad evidente de evitar ejecuciones sucesivas en función de la complementación o adecuación, también sucesiva, de títulos a los que inicialmente se les deniega el despacho de ejecución. Lo expuesto debe conducir por tanto a la estimación del recurso formulado, y de la oposición en su día planteada. S*e declara que, por aplicación del artículo 552.3 LEC, no cabe en modo alguno subsanar defectos anteriores que determinaron la desestimación de la anterior ejecución con una nueva vía ejecutiva, pues el uso del primer ejecutivo «*supone el agotamiento de una vía especial con remisión ulterior a la ordinaria, y ello con la finalidad evidente de evitar ejecuciones sucesivas en función de la complementación o adecuación, también sucesiva, de títulos a los que inicialmente se le deniega el despacho de ejecución»:*

Entre los supuestos de rechazo, lógicamente, habrá que incluir los casos en que se deniega ejecución cuando se presenta el segundo procedimiento de ejecución con el título no judicial sin subsanar[20].

Para evitar incluso casos aislados como el anterior, parece oportuno explicar las muchas razones por las que el apartado 3 del artículo 552 LEC no puede interpretarse en el sentido que ha quedado expuesto en los supuestos de denegación de ejecución de vicios formales o de falta de requisitos o irregularidades de un título extrajudicial subsanable. En estos casos podrá presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo con el título subsanado, sin perjuicio de que puede optar también por el procedimiento declarativo con el mismo título (siempre que la cuestión no constituya cosa juzgada).

Pese a ello, aunque excepcionalmente hemos encontrado algunas sentencias rechazando el segundo procedimiento ejecutivo, resulta que el rechazo en los casos concretos de esas sentencias también puede ser utilizado en apoyo de nuestra tesis.

Citamos así alguna sentencia que, aunque parezcan contradecir nuestro estudio, también confirman la posibilidad de utilizar en dos juicios consecutivos el mismo título. Este es el caso de la Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) núm. 979-2001 de 3 de diciembre *(JUR* 2002, 108975)[21] que se pronunció sobre un caso, en el que el ejecutante pretendió subsanar los defectos cometidos en la liquidación de un anterior ejecutivo que fue declarado nulo, presentando otro juicio ejecutivo con una nueva liquidación eliminando los intereses moratorios en lugar de un declarativo. La Sala entendió *que la entidad actora-apelante, intentó en el segundo juicio ejecutivo reproducir la acción ejecutiva fundada de póliza de préstamo, introduciendo en el nuevo debate otra liquidación del saldo deudor con eliminación de los intereses moratorios, y pretendiendo la subsanación del defecto de que adolecía la anterior y que provocó la declaración de nulidad del precedente juicio ejecutivo por iliquidez de la deuda reclamada. La sentencia impugnada apreció la excepción de cosa juzgada opuesta por los ejecutados*. «*Sin embargo, lo que resulta improcedente a todas luces es que, tras un primer juicio ejecutivo en el que recae sentencia declarando la nulidad del mismo, vuelva reiterativamente a plantearse no ya un proceso declarativo y plenario, sino una nueva demanda también ejecutiva, de la misma naturaleza sumaria y privilegiada, concurriendo identidad de sujetos, objeto y* "causa petendi", *en la que incluso se silencia la nulidad del juicio ejecutivo anterior, y con alteración de la liquidación precedente, olvidando, de otra parte, que la nueva liquidación, como certeramente indica la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de julio de 1996, no es un hecho nuevo y diferente sino otra nueva prueba sobre el mismo hecho, y de otra parte, que la actuación jurisdiccional no puede convertirse en un mecanismo de subsanación de sucesivos defectos apreciados en sentencias adversas recaídas en procesos precedentes, de suerte que la utilización de un juicio privilegiado nunca puede estar en función de la depuración de deficiencias detectadas en otros anteriores»*.

Esta Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) núm. 979-2001 de 3 de diciembre y la Sentencia que cita de la Audiencia Provincial de Gerona de 19 de julio de 1996, aunque parezca que impiden un posterior juicio con el mismo título ejecutivo ya subsanado, en realidad vienen a confirmar lo contrario.

Estas sentencias como todas las que admiten con regularidad un segundo procedimiento de ejecución a las que no se da especial publicidad, corroboran varias cuestiones que interesa señalar en apoyo de lo que luego se dirá:

a) Las indicadas sentencias comienzan por homologar la jurisprudencia interpretativa del artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de

1881 permitiendo que, tras el precedente juicio ejecutivo —privilegiado y expeditivo, especial y sumario—, pueda establecerse ulterior juicio (ejecutivo u ordinario) sobre la misma cuestión, pero con ciertas restricciones ya que no pueden volver a discutirse excepciones y motivos de nulidad que pudieron y debieron oponerse en el seno de aquel (SSTS de 28 de febrero de 1998 y 28 de febrero de 2001), de manera que la excepción de cosa juzgada opera respecto de las cuestiones que pudieran ser alegadas y discutidas en el anterior juicio especial y sumario.

b) Aseguran que en el procedimiento declarativo regulado en el artículo 564 de la nueva LEC puedan conocerse todas las acciones y excepciones que no pudieron invocarse en los procedimientos ejecutivos anteriores, independientemente del tiempo en que se hayan producido.
c) En las citadas sentencias se trataba de procedimientos ejecutivos anteriores que se habían declarado nulos.
d) No permiten volver a conocer en el segundo procedimiento hechos (en concreto un nuevo importe de la deuda liquidada distinta a la presentada anteriormente) que no sean nuevos, entendiendo que la nueva liquidación, no es un hecho nuevo y diferente sino otra nueva prueba sobre el mismo hecho.
e) Ratifican que sí se puede volver a conocer en el segundo procedimiento derechos que no hayan podido conocerse en el primer procedimiento porque no se hubiere cumplido un requisito formal como el que se deriva a favor de los títulos ejecutivos subsanados para ejercitar nuevamente la acción ejecutiva.

Volvamos al caso del tribunal que, de forma aislada[22], ha considerado, por aplicación del artículo 559 de la LEC, que no tiene el mismo tratamiento un defecto procesal que un defecto formal del título y en base a ello entendió que la denegación del despacho de ejecución de una escritura de préstamo, porque la Diligencia Notarial no se había expedido con la manifestación del escribano de que *no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo,* es un defecto del título, y por tanto no subsanable con arreglo al artículo 559 de la LEC.

Evidentemente el acreedor, subsanó la Diligencia Notarial e inició un nuevo procedimiento ejecutivo, planteándose ante la Sección Sexta de la Audiencia de Sevilla la cuestión objeto de este trabajo, que se resuelve por Auto núm. 20/17 de veintiseis de enero de dos mil diecisiete que en su FUNDAMENTO DE DERECHO TERCERO dice: *Se invoca infracción de los artículos 551, 552.3, 559 y 207 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por permitir dos procedimientos ejecutivos sobre los mismos títulos. El motivo no puede acogerse. En efecto, con anterioridad, y en base al mismo préstamo hipotecario, se había instado procedimiento de ejecución dineraria que dio lugar a la ejecución 304/2012 en el Juzgado 11 de Sevilla, desestimada tanto en la primera instancia como en*

sede de apelación por este mismo Tribunal, con base en que el título presentado, por defectos formales insubsanables en tal ejecución, carecía de fuerza ejecutiva. Mas, ello no ha impedido que se pudiese volver a presentar nueva demanda de ejecución aportando un título que si tiene fuerza ejecutiva, porque ya no presenta los defectos del anterior; se trata de un nuevo título a virtud de la nueva diligencia extendida por el Notario, y aunque deriva de un mismo préstamo hipotecario y se reclama la misma cantidad, no existe el peligro de doble ejecución, que trata de conjurar la exigencia de la expedición de copia con fuerza ejecutiva, puesto que se certifica la no expedición anterior de otra con igual carácter.

Se considera que el título con la Diligencia Notarial subsanada es un hecho nuevo consistente en que ahora reúne los requisitos para ser ejecutivo y antes no. El nuevo título subsanado no es un hecho sino que configura un nuevo derecho.

No obstante, para evitar incluso casos aislados como los anteriores, parece oportuno explicar las muchas razones por las que el apartado 3 del artículo 552 LEC no puede interpretarse en el sentido que ha quedado expuesto en los supuestos de denegación de ejecución de vicios formales, de falta de requisitos o irregularidades de un título extrajudicial subsanable. En estos casos, insistimos, podrá presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo con el título subsanado, sin perjuicio de que puede optar también por el procedimiento declarativo con el mismo título (siempre que la cuestión no constituya cosa juzgada). Como venimos aclarando el objetivo de este trabajo es analizar las contradicciones a que nos llevaría la teoría contraria y los artículos esenciales en los que se basa la ejecución civil en España que confirman la posibilidad de presentar dos procedimientos ejecutivos sucesivos con el mismo título no judicial una vez subsanado el defecto formal del que adolecía en el primer procedimiento.

Hay doctrina que ha entendido la mecánica de la ejecución regulada en la LEC como confirma María Luisa SEGOVIANO cuando manifiesta que *No parece razonable que se entienda que el tribunal pueda denegar el despacho de ejecución por falta de algún presupuesto, (como la irregularidad formal del título) y que, con posterioridad, el acreedor no pueda solicitar de nuevo la ejecución, una vez presentada la demanda ejecutiva en forma de nuevo. Ello solo puede admitirse si se parte de la posibilidad de subsanación de la demanda ejecutiva defectuosa, previo requerimiento del tribunal y de que el acreedor no la haya subsanado en plazo concedido*[23].

Evidentemente, la única resolución procesal que produciría cosa juzgada se daría, si se pretendiese iniciar otro proceso ejecutivo manteniéndose inalteradas las circunstancias del anterior. En el ejemplo expuesto, sucedería si se volviese a presentar la escritura de préstamo sin la diligencia notarial que se incorporó posteriormente.

A continuación desarrollo las razones incuestionables expuestas en las que baso esta tesis consistente en que nuestra LEC no prohíbe presentar un segundo procedimiento ejecutivo cuando el ejecutivo anterior ha sido rechazado por el juzgador por un defecto formal (falta de presupuestos, requisitos o por irregularidades del título).

V. LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEC

La cuestión, desde un punto de vista general viene resuelta en la Exposición de Motivos de la LEC cuando razona que: *Por otra parte, dado que la oposición a la ejecución solo se abre por causas tasadas, la Ley dispone expresamente que el auto por el que la oposición se resuelva circunscribe sus efectos al proceso de ejecución. Si se piensa en procesos declarativos ulteriores a la ejecución forzosa, es obvio que si esta se ha despachado en virtud de sentencia, habrá de operar la fuerza que a esta quepa atribuir.*

Como vemos la Exposición de Motivos aunque se refiera a la fase de oposición, no excluye el rechazo de la ejecución a *limine litis*.

Esta frase de la Exposición de Motivos conecta con lo dispuesto en el artículo 552.3 de la LEC porque ambos textos se refieren solo a la ejecución despachada por sentencia y no incluye a los defectos formales de los títulos contractuales al inicio del procedimiento de ejecución.

Pero para que no haya dudas sobre los efectos de la cosa juzgada formal en los Autos o sentencias que impiden que se despache ejecución por defectos formales y la aplicación de la cosa juzgada material a los pronunciamientos sobre el fondo es más clarificador el siguiente párrafo de la Exposición de Motivos: *En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, rehuyendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las* sentencias que se pronuncien sobre el fondo *en asuntos prejudicialmente conexos*.

Evidentemente también el artículo 552.3 se refiere a sentencias sobre cuestiones de fondo.

VI. EL OBJETO DE REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 552.3 LEC. LA PRECLUSIÓN

De lo expresado se deduce (*contrario sensu*) que el apartado 3 del artículo 552 de la LEC no prohíbe presentar un segundo procedimiento ejecutivo

cuando el ejecutivo anterior ha sido rechazado por el juzgador en el umbral de la ejecución por un defecto formal del título no judicial (falta de presupuestos, requisitos o por irregularidades del título).

Como queda dicho, el artículo 552.3 se refiere solo a resoluciones y sentencias, por lo que no hace referencia alguna a los procedimientos ejecutivos fundamentados en títulos contractuales.

El citado párrafo, regula una cuestión diferente a la citada prohibición imaginada por los autores citados. En realidad lo que ordena son los efectos de la preclusión y cosa juzgada en los procedimientos de ejecución de títulos judiciales y solo en los supuestos de denegación fundamentada y concerniente a derechos sustantivos del acreedor (causa de pedir), tratados en la sentencia que se ejecuta. Solo en la ejecución de una resolución judicial, se puede plantear la necesidad de acudir al procedimiento declarativo del artículo 552.3 si no han sido resueltos en el procedimiento anterior. A él se refiere BLANDINO GARRIDO, M.A.[24] cuando manifiesta para la cuestión de fondo relativa a las cláusulas abusivas, que *«El auto que deniega el despacho de la ejecución, una vez adquirida la firmeza, producirá la preclusión definitiva del proceso de ejecución (art. 552.3 LEC)».*

Efectivamente la cuestión de fondo relativa al análisis de las cláusulas abusivas es la única que impedirá iniciar un segundo ejecutivo. Pero no lo impedirán el resto de causas de fondo, ni las formales que puedan subsanarse.

Lo que quiere expresar el artículo 552.3, como ya recogía el artículo 1479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, es que el efecto de cosa juzgada se produce respecto de todas aquellas cuestiones materiales o sustantivas que han podido ser plenamente debatidas en el anterior (Ejecutivo o Declarativo) con independencia de si han sido o no suscitadas[25].

El artículo 552.3 trata de delimitar la preclusión y cosa juzgada de las cuestiones materiales o de fondo que ya han sido tratadas o que se han podido tratar en el procedimiento declarativo de donde proceden. Habrá otras que puedan haber ocurrido después de la sentencia o resolución judicial o que no pudieron tratarse que podrán abordarse en un procedimiento declarativo anterior. La clave para entender el artículo 552.3 de la LEC se establece en la Exposición de Motivos de la LEC cuando trata las causas de oposición en los procedimientos de ejecución de títulos judicial y manifiesta que *solo se regulan unas pocas y elementales causas, que no pueden dejar de tomarse en consideración, como si la ejecución de una sentencia firme pudiera consistir en operaciones automáticas y resultase racional prescindir de todo cuanto haya podido ocurrir entre el momento en que se dictó la sentencia y adquirió firmeza y el momento en que se inste la ejecución.*

Lo que resultaría absurdo es que el ejecutante tuviera que ir a arreglar un defecto formal al procedimiento declarativo.

En efecto, esas pocas causas de fondo constituyen cosa juzgada para un procedimiento declarativo posterior, pero hay otras causas de fondo que son

anteriores a la sentencia del declarativo que se ejecuta y que probablemente no se hayan podido tratar, las cuales pueden conocerse en un procedimiento declarativo posterior.

En lo único que cambia la nueva LEC es que, ahora, aquellas cuestiones tratadas por el acreedor, o que pudo hacer valer en el procedimiento de ejecución, que afecten a sus derechos sustantivos, pueden ser conocidas nuevamente en el procedimiento declarativo posterior si no pudieron tratarse. Las que no pudieron ser vistas no constituyen cosa juzgada.

El artículo 552.3 no regula la excepción de cosa juzgada atendiendo a un segundo procedimiento ejecutivo con el mismo título que el primero, sino que solo regula las excepciones de la cosa juzgada y la preclusión en un procedimiento declarativo posterior a un primer procedimiento de ejecución de titulo judicial (resoluciones y sentencias como refiere literalmente el precepto).

Los autores contrarios a nuestra tesis no advierten las distintas fases de la ejecución, ni que la LEC separa los efectos de la ejecución de los títulos judiciales de la de los títulos extrajudiciales, así como el tratamiento de los defectos subsanables y no subsanables del título.

Aunque, en algunos casos, la LEC los trate en los mismos preceptos, como ocurre en el artículo 552, cada uno tiene su régimen

La nueva LEC no ha olvidado la sumariedad como característica especial de los procedimientos de ejecución de los títulos no judiciales. No comprende la misma sumariedad la ejecución de una sentencia firme que haya concluido un procedimiento declarativo anterior (552.3 donde ya se han debatido, o hayan podido debatirse, los distintos derechos de ambas partes), que la ejecución de una póliza o escritura pública (551.1), en la que el juzgador no haya despachado ejecución por un defecto que el juzgador considere insubsanable. Sumariedad que se refleja en toda su estructura como se observa en la limitación de las causas de oposición, por más que la LEC las regule conjuntamente en varios preceptos.

Como acaba de ser expuesto, los autores citados, cuando concluyen que el artículo 552.3 incluye todas las causas de denegación del despacho de ejecución, no perciben que ese apartado se refiere exclusivamente a sentencias sobre los derechos sustantivos del acreedor que pueden plantearse como cosa juzgada. No pueden existir cuestiones formales porque se trata de una sentencia o resolución procesal firme que ha resuelto cuestiones de fondo, mientras que en las sentencias o Autos donde se deniega la ejecución por razones formales o procesales no existe la cosa juzgada. El artículo 552.3 no está vedando la posibilidad de presentar un nuevo procedimiento ejecutivo cuando su resolución no constituye cosa juzgada. Y no constituye nunca cosa juzgada la denegación de la ejecución por falta de presupuestos, requisitos o por irregularidades del título si se pueden subsanar.

En conclusión, la doctrina indicada confunde también las distintas causas de denegación de la ejecución. El apartado 3 del precepto lo único que trata (como

toda la regulación de la ejecución en la LEC) es de aligerar el procedimiento de ejecución de una serie de excepciones que pueden relentizar su desarrollo.

En ningún caso pretende limitar los derechos del acreedor al que permite acudir al procedimiento declarativo para tratar de aquellas cuestiones de fondo que no pudo tratar en el procedimiento declarativo anterior y en la ejecución de su sentencia y en el caso de los defectos formales en los títulos contractuales nada le impide acudir a un nuevo procedimiento ejecutivo.

Y así como para un primer procedimiento ejecutivo los artículos 556 y 557 de la LEC limitan las excepciones que puede plantear el deudor, remitiéndole para las que se le prohíbe plantear al procedimiento declarativo del artículo 564 de la LEC, lo mismo hace el artículo 552.3 para las cuestiones sustantivas que no hayan precluído para el acreedor en las actuaciones procesales anteriores.

La confusión viene motivada, como se ha dicho, por la regulación conjunta de todo tipo de ejecuciones (de títulos judiciales y extrajudiciales) y de una incomprensión de la separación de sus consecuencias en los distintos preceptos. El legislador ha tratado de distinguir en el mismo precepto 552 los distintos títulos de ejecución sin mucho éxito, pero en una interpretación sistemática es muy evidente y evita de forma inmediata toda tergiversación, la separación de la ejecución de los títulos judiciales (552.1)de la de los títulos extrajudiciales (552.3), como de los defectos procesales (subsanables y no subsanables), y la de los defectos formales en el título (552.1) y con los que afectan a derechos sustantivos (552.3), cada una con su distinto régimen.

Las diferencias además se perciben con una interpretación sistemática y reflexiva de toda la ejecución donde se diferencian los distintos actos procesales, quien tiene la potestad de decidirlos y hacerlos valer, si concurren defectos procesales o irregularidades del título y su posible subsanación o se limitan derechos sustantivos y si están sometidos al mismo régimen de impugnación.

Quienes se muestran contrarios a la permanencia de la ejecutividad del título extrajudicial en el segundo procedimiento, hacen una lectura aislada del precepto 552.3, prescindiendo de una exégesis de lo que el mismo precepto dispone en el párrafo 1. Y es que no se puede entender el párrafo 3 del artículo 552.3 sin advertir el párrafo 1 del mismo artículo 552 que regula otros títulos y otras causas de denegación de la ejecución. Tampoco se puede prescindir de otros preceptos del mismo texto legal a los que necesariamente hay que acudir.

Debido a esta separación, quien lea aisladamente el párrafo 3 sin relacionarlo con lo dispuesto en el párrafo 1, puede llegar a interpretar erróneamente que, tanto la denegación de ejecución (por decidir el juzgador que no concurren en los títulos extrajudiciales los requisitos formales [26)], como la posibilidad de que el acreedor pueda hacer valer sus derechos, son la misma cosa y están sometidas al mismo régimen.

La nueva LEC no ha variado en su intención con relación a lo que la anterior venía regulando en los artículos 919 y siguientes[27], en la cual nunca se hizo una

interpretación en el sentido de no poder presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo con el mismo título si este se ha subsanado. En este caso no hay identidad en la causa de pedir porque en el primer procedimiento faltaba un requisito formal necesario para dar fuerza ejecutiva al título y en la nueva ejecución no.

El título contractual que se presenta nuevamente subsanado no es ni una sentencia ni una resolución judicial por lo que no puede producir cosa juzgada. Para que opere la excepción de la cosa juzgada, en el proceso anterior debieron agotarse las cuestiones del caso. Y es evidente que en el nuevo juicio ejecutivo el ejecutante si quiere que prospere su demanda ha de presentar el título con el defecto formal subsanado [28]. Por tanto en los dos pleitos la cosa que se discute y la causa de pedir no es la misma al carecer en el primero de los requisitos necesarios para la ejecución que son cumplidos en la segunda demanda ejecutiva.

En verdad puede decirse que la acción ejecutiva nunca se ha planteado cuando en el primer procedimiento no reunía los requisitos legales necesarios.

En el supuesto de falta de requisitos se trata de una cosa juzgada formal o defecto propio y exclusivo del pleito en que se comete, que no puede trascender ni tiene repercusión en los demás, siendo por tanto subsanable en cualquier otro[29].

La sentencia que resuelve sobre la inexistencia de uno de los llamados presupuestos procesales, implica cosa juzgada formal y, aunque parezca paradójico produce un efecto de cosa juzgada material, por lo menos en sentido positivo, en cuanto el fallo declaratorio de que existe un defecto procesal vincula a todo otro Juez ante el que quisiera reproducir la demanda sin haber subsanado el título[30]. Pero no le vincula cuando ahora se presenta subsanado con todos los requisitos legales.

Los defectos procesales, en realidad, siguen constituyendo cosa juzgada formal (art. 207 de la LEC), por tanto vinculan solo en el juicio donde se ha denegado la ejecución[31]. Lo mismo que sucede con los defectos del título no judicial que, si se subsanan, podrán presentarse en juicios venideros si el defecto se ha subsanado.

Desde luego no puede haber duda a la hora de iniciar un segundo procedimiento de ejecución cuando el Tribunal no ha permitido subsanarlo en el procedimiento ejecutivo anterior. Subsanación que ha de permitirse en los casos de defectos procesales como en los casos de defectos en el título, si ello es posible.

En efecto, hay muchas sentencias que aprecian correctamente la excepción de cosa juzgada de una primera sentencia firme alcanzada en un procedimiento declarativo y desestiman la segunda demanda en ejercicio de acciones declarativas anteriores o ejecutivas basadas en un título judicial. La diferencia con los defectos formales o irregularidades de un título extrajudicial es que la ejecución de títulos judiciales, procede de un procedimiento declarativo anterior[32] terminado en sentencia. Donde aquellas, se habrán discutido cuestiones de fondo distintas a un mero rechazo del juzgador *a limine litis* de la ejecución por falta de presupuestos o requisitos del título (que es lo que regula el art. 552.1 LEC).

Por eso es lógico que las cuestiones de fondo de los procedimientos declarativos en los que se ejecuta la sentencia constituyan cosa juzgada. Pero no sucede lo mismo con defectos formales de títulos no judiciales

VII. LA PRECLUSIÓN

El artículo 552.3 está en sintonía con lo dispuesto en el artículo 400 LEC sobre la preclusión de las cuestiones de fondo o sustantivas que establece:

Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos, 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. Y continua diciendo el mencionado precepto que «de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se consideran los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».

Obsérvese que ni siquiera el artículo 400 de la LEC en su interpretación más estricta sobre la preclusión impide la subsanación de defectos formales, al referirse solo a las pretensiones materiales (causa de pedir) que se pueden aducir en el primer procedimiento

Se prohíbe que la causa de pedir sea la misma en ambos procesos. La causa de pedir consiste en el hecho jurídico o título (en sentido material) que sirve de base al derecho reclamado y no en la acción ejercitada. Nunca consiste en un defecto formal, sea procesal, sea del título. Y la identidad en la causa de pedir se da en aquellos supuestos en que se produce una perfecta similitud en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción, estando integrada la causa de pedir por el conjunto de hechos esenciales para el efecto jurídico pretendido por el actor.

El artículo 400 impide que los hechos esenciales, las circunstancias fácticas que determinan la obligación de los demandados (la causa de pedir), no pueden ser las mismas en el pleito anterior resuelto por sentencia firme y en el proceso posterior.

Las cuestiones probatorias sobre el derecho sustantivo del acreedor, que pudieron hacerse en el anterior pleito, no se pueden enmendar en el nuevo juicio. Cuando se habla de hechos, razones o fundamentos que sustenten una causa de pedir se hace referencia a los que afectan a los derechos sustantivos, los cuales pudieron aportarse y debieron acreditarse en el pleito anterior. No es admisible reservar su alegación para un proceso ulterior (552.3). Pero eso no sucede cuando el juzgador ha denegado despachar una ejecución de un título extrajudicial por falta de requisitos formales o defectos procesales (art. 552.1 LEC).

El artículo 400 LEC no se refiere en ningún caso a las cuestiones formales.

En el ejemplo de la denegación de ejecución, porque el Notario no hubiera expedido la Diligencia de que no se habían expedido otras copias con carácter ejecutivo, evidentemente se trataba de una cuestión sumaria,un defecto extrínseco, con que lo lógico es que el acreedor, si presenta un nuevo procedimiento ejecutivo aporte el mismo título con dicho presupuesto subsanado. El acreedor nada puede hacer frente a la definitiva decisión del juzgador denegándole la ejecución en el primer procedimiento si no le permite subsanar. Por ejemplo porque piense que los presupuestos del título no son subsanables por que el juzgador piense (como vimos) que no son defectos procesales. Pero nada le impide plantear un nuevo procedimiento ejecutivo con el mismo título, subsanada la Diligencia Notarial.

El artículo 400 LEC, lejos de contradecir el artículo 552 LEC confirma su redacción.

La cosa juzgada nunca puede vincularse con un defecto formal extrínseco porque no resuelve definitivamente sobre el fondo. El deudor no deja de deber la prestación al acreedor porque el tribunal haya denegado la ejecución [33], ni el acreedor pierde la acción ejecutiva que aún no ha podido ejercitar plenamente.

La cosa juzgada, pues, parte de la sentencia firme que ha resuelto definitivamente sobre el fondo y tiene como efecto vincular en otro proceso lo resuelto por aquella[34]. Pero es que en el primer procedimiento no se pudo resolver nada sobre la acción ejecutiva de título contractual porque le faltaba los requisitos.

Téngase en cuenta que, incluso en los casos en que se deniegue el despacho de ejecución de título judicial, el acreedor podrá hacer valer sus derechos en el juicio correspondiente, pero condicionado siempre a la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución (art. 552, 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 962 de la LEC anterior).

En el caso de que se rechace la ejecución por faltar presupuestos o requisitos del título no judicial en el procedimiento ejecutivo, la presentación de un nuevo procedimiento ejecutivo no infringe el principio «*non bis in idem*», que es en el que se basa el principio de la cosa juzgada material y por el cual se obliga al Juez a no juzgar otra vez lo que ya se ha resuelto con anterioridad, o como muy gráficamente se dice en la Sentencia de 5 de junio de 1987 *(RJ* 1987, 4042) *«la pretensión que ya ha sido examinada y resuelta ha quedado satisfecha y no existe razón válida para volver a ocuparse de ella»*. Es más, si no se observara tal principio se atacaría de lleno el principio constitucional de la Tutela Judicial Efectiva proclamada en el artículo 24.1 de la Constitución Española[35].

No queda desvirtuado lo anterior por la doctrina del TS en el sentido de que el concepto de cosa juzgada parte de la sentencia firme que ha resuelto definitivamente sobre el fondo, y tiene como efecto vincular en otro proceso lo resuelto por aquella[36]. Una resolución judicial que deniegue la ejecución por

falta de presupuestos y requisitos no es razón ni pronunciamiento de fondo que resuelva definitivamente la reclamación planteada por lo que no puede restar la posibilidad de acudir a otro procedimiento ulterior. Procedimiento ejecutivo para los títulos no judiciales subsanados y procedimiento declarativo ulterior para los títulos judiciales para resolver otras cuestiones distintas a las resueltas en las sentencias.

Las razones por las que puede volver a presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo no son solo de pura justicia[37] o de cumplimiento del principio de defensa y protección efectiva de los tribunales, sino que simplemente son de aplicación de lo dispuesto en la LEC que no ofrece contradicciones de ningún tipo (salvo lo introducido sobre cláusulas abusivas), a favor de la posibilidad de presentar dos procedimientos ejecutivos de títulos extrajudiciales sucesivos en los casos en que habiéndose denegado la ejecución en el primero por falta de presupuestos o requisitos se puedan subsanar antes de la presentación del segundo.

El artículo 552.3 en realidad es una reproducción de lo dispuesto en el artículo 564 y este, a su vez, del artículo 400 de la LEC que también otorga al ejecutante y ejecutado la posibilidad de discutir cuestiones de fondo en un procedimiento declarativo posterior que no se hayan podido alegar en el juicio ejecutivo. Ninguno de ellos se refiere a los defectos formales descubiertos a *limine litis*. El apartado 3 del precepto coincide y proporciona un equilibrio con lo dispuesto en el artículo 564 de la LEC que da la misma defensa jurídica al ejecutado y al ejecutante fundada en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución, permitiéndole conocerlas y hacerlas valer en el proceso que corresponda.

Como entiende MARTÍN PASTOR, J.[38] el apartado 3 del precepto se refiere a poner de manifiesto en el proceso declarativo, hechos jurídicamente relevantes respecto de los derechos de ejecutante y ejecutado. No obstante esos hechos o derechos no debieron conocerse ni resolverse en el procedimiento anterior de modo que constituyan cosa juzgada.

El artículo 552.3 protege frente a los efectos negativos que pudiera provocarle la cosa juzgada al ejecutante y el artículo 564 protege de dichos efectos de la cosa juzgada al ejecutante y al ejecutado, pero el primero no impide al acreedor, en modo alguno, presentar un nuevo procedimiento ejecutivo con el mismo título cuando el defecto es formal y se ha subsanado.

Sería contrario al principio de defensa que al deudor se le otorgara el privilegio de defender las cuestiones sustantivas que no pudo oponer en el procedimiento el procedimiento ejecutivo, o las que no pudo oponer (564 LEC), y al ejecutante se le privase del derecho de defensa que le otorga la LEC antes del primer procedimiento ejecutivo. Una interpretación rigorista de este principio conduciría a premiar al deudor, impidiendo que el acreedor que presentó una demanda ejecutiva con un título defectuoso, pueda volver a presentarla en legal

forma. Especialmente sería contradictorio con la soflama que hace la Exposición de Motivos para proteger al acreedor.

Lo fundamental de los efectos de la cosa juzgada como parte integrante del contenido fundamental a la Tutela Judicial Efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución Española, se proyecta en asegurar a quienes han sido parte en un proceso declarativo donde se haya tratado sobre el fondo, que lo allí decidido se ejecute sin modificaciones y esto es lo que quiere expresa el apartado 3 del artículo 552.

VIII. LA SINTONÍA DEL ARTÍCULO 552.3 CON EL ARTÍCULO 561 DE LA LEC

Quienes defienden una opinión contraria a la que aquí se expone no explican la contradicción entre lo que para ellos expresa el artículo 552.3 de la LEC y lo dispuesto en el artículo 561 de la LEC en el sentido de que el Auto que resuelva la oposición por motivos de fondo lo hará *«a los solos efectos de la ejecución»*.

Esta contradicción, por otra parte, se limita a los motivos de fondo con *«efectos limitados a la ejecución»*, mientras que para el artículo 552.3 de la LEC algunas cuestiones sustantivas decididas en la sentencia o resolución firme que se ejecuta con efectos de cosa juzgada, cuando remite a un procedimiento declarativo, podrían tener efectos de cosa juzgada cuando se hayan resuelto en la indicada sentencia o resolución firme.

Aunque se encuentran ubicados en fases procesales distintas de la ejecución (el art. 561 en la fase de contradicción, y el art. 552.3 en la fase de inicio) los dos regulan un derecho para oponerse por motivos de fondo a la ejecución. Mientras que el artículo 552.3 se refiere a los derechos de fondo del acreedor, el artículo 561 se refiere a derechos de fondo del deudor.

A su vez veremos que ambos tienen conexión con el artículo 564 de la LEC que permite conocer hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución contempladas en los artículos 556 y sigs.

La contradicción no existe aunque la redacción de la LEC no es fácil de entender, salvo que se tenga en cuenta que ambos preceptos se refieren a las cuestiones sustantivas. En realidad el artículo 561 cuando dice que resuelve a los solos efectos de la ejecución es porque el acreedor siempre puede acudir al procedimiento declarativo. Las cuestiones de forma de los títulos no judiciales quedan sin resolver en estos preceptos. Habrá que distinguir si la ejecución es de títulos judiciales o extrajudiciales, así como la naturaleza de las cuestiones materiales o formales.

Lo que sí puede deducirse de la conjunción de estos preceptos es que ambos se refieren a una sentencia que procede de un juicio anterior donde se han tratado cuestiones sustantivas. Las que no han podido conocerse o ale-

garse en ese procedimiento declarativo anterior que termina con la sentencia, o en la ejecución pueden volver a conocerse en un procedimiento declarativo posterior.

De la misma forma también puede deducirse que ninguno de los dos preceptos indica que en ese procedimiento declarativo posterior puedan o deban discutirse cuestiones formales. Ninguno sirve para debatir la resolución del juzgador denegando el despacho de ejecución por no concurrir los presupuestos y requisitos formales o procesales legalmente exigidos.

La razón es que el legislador da por supuesto que —al contrario que los motivos de fondo—, los formales son subsanables por la vía del artículo 11.3 de la LOPJ y 551 de la LEC o por la vía del artículo 559 de la LEC.

Aunque la frase *«a los solos efectos de la ejecución»* no necesita explicación no quiero dejar de incidir en que, lo que se resuelva en la ejecución sobre el fondo o derechos sustantivos, se resuelve solo a los efectos de dicha concreta ejecución salvo que el procedimiento anterior haya terminado por sentencia en que la cuestión esté resuelta. Sobre estas cuestiones de fondo deberán acudir el acreedor (552.3) o el deudor (564) a un procedimiento declarativo [39] posterior.

A los efectos de las conclusiones de este trabajo lo que sí interesa es resaltar que, de estos preceptos se deriva, *contrario sensu*, que el legislador presume que los defectos formales pueden subsanarse presentando un nuevo procedimiento, porque no están contemplados en ninguno de los supuestos que pueden constituir cosa jugada.

Los que impiden un segundo ejecutivo de título extrajudicial no observan que la LEC separa las causas de oposición por defectos procesales (art. 559) y la oposición por motivos de fondo (art. 561 LEC).

En las primeras se da al ejecutante un plazo para su subsanación si los defectos son subsanables en el seno de la misma ejecución (art. 559.2 LEC y 11.3 de la LOPJ), y si no las puede subsanar en el seno de la misma ejecución, pero sí antes de presentar el segundo ejecutivo, podrá subsanarlas y presentar un nuevo ejecutivo.

En las cuestiones de fondo se deberá acudir a un procedimiento declarativo posterior salvo que constituya cosa juzgada (552.3). La frase *a los solos efectos de la ejecución*, significa que las cuestiones de fondo tratadas en el procedimiento de ejecución no constituyen cosa juzgada y puede acudirse a un procedimiento declarativo posterior en aquellas que no se hayan alegado, o hubieran podido alegar, ni tratado, ni resuelto.

De las cuestiones formales no habla, dando por supuesto que se pueden subsanar en esa ejecución o en una posterior ejecución o en un declarativo posterior.

Las enormes dudas que se han planteado sobre el efecto de cosa juzgada de la resolución dictada ha sido analizada por la jurisprudencia siendo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.ª) Auto núm. 679/2006 de 22 de noviembre. *JUR* 2007, 123135, que transcribimos a continuación, la más

clarificadora aunque referida a las cuestiones de oposición por motivos de fondo de títulos extrajudiciales:

> *La primera cuestión que hay que solventar para resolver la excepción de cosa juzgada, asumida en la instancia, es decidir si la resolución que solventa la oposición a la ejecución de títulos extrajudiciales tiene o no el efecto de cosa juzgada.*
>
> *Es conocido que la LEC 1881, en su artículo 1479 posibilitaba acudir al juicio declarativo para plantear lo que se había resuelto en el denominado en aquella Ley el juicio ejecutivo. Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo elaboró unos criterios diferentes, que si bien llegaron a ser confusos y complejos al final se terminó consolidando en un único criterio: operaba la excepción de cosa juzgada en el declarativo posterior respecto de las causas de oposición que se alegaron y resolvieron en la oposición y de las que pudiendo alegarse no se alegaron (STS de 24 de noviembre de 1993), doctrina que llegó a consolidarse hasta el extremo de, en coherencia con la misma, terminar admitiendo la revisión contra las sentencias de remate en los juicios ejecutivos (STS de 12 de noviembre de 2001).*
>
> *SEGUNDO. La cuestión pasa por solventar si el régimen jurídico antes descrito es el mismo que resulta de la vigente Ley procesal.*
>
> *Pues bien, pese a que se han clarificado algunas de las cuestiones que enturbiaban la polémica, dado que el juicio ejecutivo ha desaparecido y se ha procedido a unificar el proceso de ejecución (unificación para algunos autores artificiosa: en cualquier caso relativa, pues en modo alguno el régimen jurídico del proceso de ejecución de títulos jurisdiccionales y extra-jurisdiccionales queda, ni puede quedar, parificado), por tanto no puede ser calificado como un proceso declarativo especial, es lo cierto que la polémica va a seguir manteniéndose, primero porque el legislador se ha expresado de forma equívoca y en segundo lugar porque siendo como es un proceso de ejecución el de títulos extra-jurisdiccionales, la oposición en el mismo, sobre todo por razones de fondo que es lo que ahora interesa, supone la admisión de un incidente declarativo. Allí donde no exista sumariedad, predicable en razón a la limitación de pruebas, no habrá razón que justifique la eficacia de cosa juzgada.*
>
> *La doctrina se encuentra dividida sobre la cuestión. Unos quieren ver la negación de la eficacia de cosa juzgada en el artículo 561.1 LEC, cuando dispone que, tramitada la oposición, «el Tribunal adoptará mediante Auto, a los solos efectos de la ejecución…», mientras que por su parte el artículo 564 LEC regula el acceso al declarativo posterior pero solo «si, después de producidas las posibilidades de*

> *alegación o con posterioridad a la producción del título ejecutivo extrajudicial, se produjesen 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 podría hacerse valer en el proceso que corresponda». Precepto que casa mal con una pretendida falta de eficacia de cosa juzgada del auto que resuelve la oposición, dado que el mismo resultaría innecesario: en todo caso se podría acudir al declarativo. Al margen de esa pretendida eficacia el precepto es confuso, al limitar la posibilidad de acceso al declarativo de los hechos, posteriores y distintos, pues bastaría el primer requisito para autorizar su acceso al contencioso posterior. Y desde luego, parece una obviedad y por eso no lo ha recogido la norma acentuando así su dificultad interpretativa (*a sensu contrario *está vedando la posibilidad de acudir al declarativo posterior), todos los motivos de fondo que no se pudieran articular, sobre los que en modo alguno se ha podido producir efecto preclusivo.*
>
> *Solo la sumariedad procesal, esto es, la limitación de los medios de prueba, excluiría con seguridad el efecto de cosa juzgada.*
>
> *CUARTO. Por tanto ni puede haber legalmente eficacia de cosa juzgada ni la hay en el caso concreto al dejar la Audiencia imprejuzgada la cuestión, lo que fatalmente conduce a la estimación del recurso.*

La sentencia resuelve la cuestión a favor de no conceder los efectos de la cosa juzgada en las resoluciones en las que exista sumariedad, predicable en razón a la limitación de pruebas, y es evidente que no hay mayor sumariedad que la denegación a *limine litis* del despacho de ejecución por defectos formales donde no hay posibilidad de presentar pruebas ni modo de defenderse una vez la sentencia de apelación ha decidido denegar el despacho por la falta de presupuestos y requisitos legales del título.

En buena lógica, la limitación establecida en el artículo 552.3 de la LEC solo es aplicable a las controversias de fondo que se han resuelto por sentencia firme e inmutable. Dentro de estas separa dos tipos: las que ya han quedado resueltas que constituirán cosa juzgada en las que no se puede alterar lo ya resuelto o pudo haberse alegado en el proceso previo y las que no se han resuelto que pueden ser objeto de nueva pretensión en el procedimiento declarativo correspondiente. No es aplicable a los supuestos de defectos procesales e irregularidades del título en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales que no constituyen cosa juzgada y en los que también se limitan las excepciones oponibles.

En la citada regulación conjunta procede hacer especialidades fruto de las particularidades de cada proceso de ejecución. Y una de las especialidades más

acusadas está precisamente en la posibilidad o no de hacer ciertas alegaciones y en la existencia de hechos extintivos o excluyentes que no son alcanzados por la cosa juzgada

Los procedimientos ejecutivos de títulos no judiciales en muy pocos casos pueden producir el efecto de cosa juzgada porque tienen las características de la celeridad, y por eso se eliminan en su regulación muchas causas de oposición y de suspensión. Esta es la razón por lo que la LEC establece en el artículo 552.3 y en el 564 de la LEC un procedimiento declarativo para que el demandado pueda defenderse jurídicamente en hechos y actos no comprendidos en las causas de oposición a la ejecución, y que de ello se deduzca que, para los motivos formales donde no se admite prueba, pueda presentarse un nuevo procedimiento ejecutivo.

IX. LA COSA JUZGADA

En nuestro Ordenamiento jurídico no todas las resoluciones definitivas recaídas sobre el fondo del litigio, aunque adquieran firmeza y adopten la forma de sentencias, pueden invocarse como constitutivas de *cosa juzgada material* en otro pleito pues, en determinados procesos, el propio ordenamiento les priva de esa función positiva, bien por la naturaleza especial de los mismos o bien por la sumariedad de sus trámites, o bien por la limitación de la cognición judicial, pues comprende que no están rodeados de la plenitud de garantías que ofrecen los juicios declarativos ordinarios.

Existe una jurisprudencia consolidada sobre que en las resoluciones de los procedimientos de ejecución no existe cosa juzgada material[40]. Cuando se deniega la pretensión ejecutiva por no cumplir los requisitos a los que la ley condiciona el comienzo del proceso de ejecución se trata de una resolución que no puede producir los efectos de la cosa juzgada material que solo pueden producirlos las resoluciones que se pronuncien sobre el fondo del asunto, es decir sobre el contenido de la relación jurídica material, mientras que no lo producen las resoluciones meramente procesales; consecuencia de esta posición es la de que el auto que deniega el despacho de la ejecución por falta de presupuestos procesales no impide presentar nueva demanda ejecutiva que permita analizar la prestación sustantiva, ante el mismo o ante otro juzgado, el cual podrá pronunciarse sobre la admisión o inadmisión[41].

La cosa juzgada material de lo decidido en una primera ejecución sobre los defectos procesales de un título extrajudicial nunca puede producirse sobre una nueva ejecución con los defectos formales subsanados al no haberse decidido en aquella sobre un título ejecutivo al que se le ha corregido el vicio del que adolecía.

Si el procedimiento de ejecución tuviera efectos de cosa juzgada en la LEC se equipararían los procedimientos ejecutivo y ordinario, cuando el procedimien-

to de ejecución se diferencia de los procedimientos ordinarios por no ser de cognición, sino de mera ejecución, salvo en la nueva referencia a las cláusulas abusivas, resultando que el título ejecutivo, si reúne los requisitos, no puede perder nunca la acción ejecutiva. Y esos requisitos puede alcanzarlos durante todo el tiempo en que la acción no prescriba.

Como recoge la doctrina, la única resolución procesal que produciría cosa juzgada se daría si se pretendiese iniciar otro proceso ejecutivo manteniéndose inalterados los defectos formales del anterior. Por ejemplo, si se volviese a presentar la escritura de préstamo sin la diligencia notarial subsanada que se incorporó posteriormente[42], o cuando el ejecutante no agota los recursos de la primera ejecución. Pero no puede ser cosa juzgada lo dispuesto *a limine litis* por el juzgador, cuando no ha permitido subsanar.

X. LA INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 447, 551, 552.3, 559 Y 207 LEC SI NO SE PERMITIERAN DOS PROCEDIMIENTOS EJECUTIVOS CON LOS MISMOS TÍTULOS EXTRAJUDICIALES

Verdaderamente el artículo 552.3 no ha querido decir nada distinto a lo dispuesto en el anterior artículo 1479 de la LEC 1881[43]. Por establecer alguna diferencia ahora en el juicio ejecutivo se pueden tratar y resolver más cuestiones sustantivas o de fondo, que si se resuelven constituyen cosa juzgada. Pero no significa que en las denegaciones de ejecución basadas en los defectos procesales o de irregularidades en los títulos ejecutivos extrajudiciales, tenga el acreedor la obligación de acudir a un procedimiento declarativo posterior. Por eso hay que explicar que el precepto 552.3 LEC regula una cuestión muy específica de los procedimientos de ejecución de títulos judiciales pero no modifica los efectos tradicionales de la cosa juzgada, por más que se hayan incluido improvisadamente la cuestión de la existencia de cláusulas abusivas.

Digo que se han incluido abusivamente porque antes de la modificación de la LEC en este punto quien invocaba la nulidad por existencia de cláusulas abusivas podía ir a defenderse al procedimiento declarativo posterior.

El Pleno del Tribunal Constitucional ha establecido[44] que los procedimientos ejecutivos no producen cosa juzgada.

Así se deduce igualmente del apartado 4 del artículo 447 de la LEC dentro de los procedimientos que no tienen efectos de cosa juzgada en los casos determinados por las leyes[45].

Entre los casos determinados por las leyes se encuentran, como vimos, los que señalan los artículos 552.3 y 564 LEC que permiten acudir a un procedimiento declarativo en algunos casos.

Reforzando el anterior argumento, hay que indicar que el artículo 447 de la norma procesal civil, al describir las sentencias que no producen cosa juzgada

contiene un último párrafo referido a las resoluciones judiciales que en determinados casos las Leyes nieguen estos efectos.

Aunque el artículo 447 no se encuentre en el ámbito de la ejecución, en realidad, aclara que la cosa juzgada hace referencia a cuestiones sustantivas que el ejecutante de la sentencia pudo haber tratado en la fase declarativa o el Auto en los procedimientos de ejecución, pero se las reservó.

Por ejemplo en la ejecución de un título ejecutivo extrajudicial como una escritura de préstamo la cuestión sustantiva sería la existencia o la subsistencia del derecho a exigir su devolución y del correspondiente deber de prestación del deudor.

Si en el primer procedimiento se ha sobreseído la ejecución solo puede producir efectos de cosa juzgada formal sobre este procedimiento. De modo que, si el vicio que contenga la escritura del crédito es subsanable, el acreedor podrá ejercitar la acción que deriva de la propia escritura pública *ex artículo* 517.2.4.º LEC, siguiendo la tramitación de la ejecución de los títulos no judiciales. Lógicamente si prospera la oposición como consecuencia de la concurrencia en el título ejecutivo de vicios insubsanables que determinan la improcedencia de la ejecución, como son las referidas al fundamento de la ejecución despachada que provocan que el título ejecutivo adolezca de una mácula que le priva de su carácter ejecutivo *ex artículo 517.1.4.º LEC*, quedará reducido el valor del título a la de un documento público, y por ende, con eficacia *ad probationem ex artículo 319.1 LEC* en un eventual proceso declarativo. Si es subsanable, se puede mantener esa eficacia ejecutiva del título. Si no es subsanable y produjo el efecto del archivo del procedimiento de ejecución lógicamente podrá generar la imposibilidad de promover otro.

En conclusión, en ningún caso el precepto se refiere a un segundo procedimiento basado en títulos no judiciales para tratar de resolver una cuestión de forma del título ejecutivo. Y ello sin perjuicio de que el acreedor puede subsanarlo volviendo a presentar el procedimiento de ejecución con el título ejecutivo subsanado o presentando un procedimiento declarativo.

Lo dispuesto en el artículo 552.3 LEC solo protege al ejecutante, mientras que lo dispuesto en el artículo 564 LEC parece proteger solo al ejecutado pero ambos están cubiertos por un procedimiento declarativo posterior, lo cual no significa que no quepa en los vicios formales acudir a un nuevo ejecutivo.

NOTAS

[1] Auto núm. 213/2013, de 18 de diciembre de 2013 de la Sección Sexta de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla. *En efecto, el Juez de Primera instancia a la hora de despachar ejecución ha de comprobar que concurren los presupuestos y requisitos procesales y que el título contiene todos los requisitos que la Ley exige para dotarlo de eficacia ejecutiva, pues a ello le obliga el artículo 551 de la LEC. Si no concurren los presupuestos o requisitos procesales, tendrá que*

procurar que se subsane el defecto, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 231 de la LEC, pero si el título no reúne los requisitos exigidos legalmente para el despacho de ejecución, habrá que denegar este ya que la Ley no habilita para subsanar defectos que afectan al título en el seno del procedimiento. Llegados a este punto habrá de concluirse que si el defecto del título se advierte al resolver el incidente de oposición no cabe tampoco la subsanación solo prevista en la ley, insistimos, para los defectos de actos procesales de las partes.

[2] Para una visión crítica de la incorporación del conocimiento de las cláusulas abusivas a los procedimientos de ejecución cfr. ESTRADA ALONSO, E., CHACÓN FERNÁNDEZ, I., El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *RCDI,* Año LXXXIX, mayo-junio, núm. 737, 1415.

[3] *Vid*., Nota 1.

[4] Anteriormente a la aprobación por Ley 8/2013 de 26 de junio sobre la introducción del análisis del título para determinar si contiene cláusulas, el juzgador únicamente debía analizar y controlar para admitir a trámite los requisitos externos, formales y procesales del título: no procede analizar de oficio la validez o nulidad de las cláusulas contenidas en el contrato mercantil y denegar inicialmente el despacho de ejecución por cuestiones de fondo, ajenas al control de los requisitos formales y procesales a que se refiere el artículo 551 LEC/2000. Cfr. AP Lleida (Sección 2.ª), auto núm. 10/2006 de 1 de febrero EJECUCIÓN FORZOSA (LEC/2000): DESPACHO DE LA EJECUCIÓN: admisión a trámite.

[5] Cfr. Sentencias del TS 1 de febrero de 1974 y de 8 de octubre de 1986 RAJ 5333.

[6] 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

[7] En contra cfr. Sentencia de la Sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de octubre de 2004.

[8] Cfr. Sentencias del TS 1 de febrero de 1974 y de 8 de octubre de 1986 RAJ 5333.

[9] 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo.

2. La cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley.

Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquellas se formularen.

[10] Para una visión crítica de la incorporación del conocimiento de las cláusulas abusivas a los procedimientos de ejecución Cfr. ESTRADA ALONSO, E., CHACÓN FERNÁNDEZ, I., El futuro de la ejecución hipotecaria española tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en *RCDI,* Año LXXXIX, mayo-junio, núm. 737, 1415.

[11] DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* en AA.VV. DE LA OLIVA SANTOS, A., BANACLOCHE PALAO, J., VEGAS TORRES, IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Editorial Aranzadi, 951.

[12] MONTERO AROCA, J. en *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil,* GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S.

[13] Cfr. CARRERAS MARAÑA, J.M., en MARINA MARTÍNEZ-PARDO. J, Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2001. Coordinada por Jesús Marina Martínez-Pardo, D. Loscertales Fuertes, ed. BPR Publishers, 2000.

[14] GARBERÍ LLOBREGAT, J., DERECHO PROCESAL CIVIL; Libro III, 5.ª ed. *El proceso de Ejecución Forzosa en la LEC,* Civitas, 2013, 379 y 380. «Una vez desestimados

los eventuales recursos que el ejecutante haya podido ejercitar frente al auto denegatorio del despacho de ejecución, o una vez vencidos los plazos para su ejercicio, dicha resolución judicial adquirirá firmeza (art. 207.2 LEC) y, con ella, y como principal efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material, la imposibilidad de volver a entablar una demanda ejecutiva en las mismas condiciones».

[15] FLORS MATÍES, J., en *El Proceso Civil*. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios. Volumen VI Libro III artículos 517 a 613 inclusive Tirant lo Blanch Valencia 2001. Coordinado por FERNANDO SALINAS MOLINA.

[16] En los supuestos de defectos formales la LEC permite la presentación de una nueva demanda ejecutiva en la que se subsanen los defectos que impidieron el despacho de la ejecución en un primer momento (GIMENO SENDRA, Proceso Civil Práctico, VII, I, Comentarios al art. 552).

[17] Cfr. Auto núm. 286/2016 de 9 de septiembre. *JUR* 2016, 263713, Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª). Recuérdese que, ante la ausencia de la documentación exigida, el Juzgado «a quo» otorgó a la demandante un plazo para subsanar la omisión que no fue aprovechado por su representación al aportar, hasta en dos ocasiones, una copia ilegible de la tasación requerida, pese a los requerimientos de subsanación por este motivo que le habían sido concedidos en la instancia. No verificada la subsanación, el Juez dictó auto denegando el despacho de la ejecución al no poder examinar los requisitos de procedibilidad exigidos por la LEC, que fue notificado a la demandante haciéndole saber expresamente la posibilidad de recurrirlo en apelación, sin que el recurso se interpusiera. Castigando la falta de subsanación en el primer procedimiento se pronuncia igualmente el Auto núm. 241/2015 de 20 de julio. *JUR* 2015, 234175 de la (Sección 13.ª) Audiencia Provincial de Barcelona.

[18] Auto de 16 de octubre de 2006. *JUR* 2007, 145093 de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.ª).

[19] Auto num. 296/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de diciembre.

[20] Cfr. Juan MONTERO AROCA y José FLORS MATÍES, Valencia 2004, 71 y MONTERO AROCA, Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial, en *Derecho Privado y Constitución* 1996, 274, num. 8.

[21] Sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) núm. 979-2001 de 3 de diciembre *(JUR* 2002, 108975) Ponente: llmo. Sr. D. Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA.

[22] 18 de diciembre, núm. 192/15 de 16 de abril y de 29 de junio de 2015.

[23] Cfr. María Luisa SEGOVIANO *Comentarios a la LEC*. 2713.

[24] BLANDINO GARRIDO. M.A., Alegación por el consumidor y control de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas. Estado actual de la cuestión…, *Revista de Derecho Patrimonial* núm. 32/2013 parte Varia. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2013.

[25] Auto núm. 175/2006 de 11 de julio de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª) sobre la ejecución de un convenio regulador.

[26] Hace referencia a los títulos que establecía el artículo 1429 de la LEC de 1881. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. Solo tendrán aparejada ejecución los títulos siguientes: 1.º Escritura pública con tal que sea primera copia; o si es segunda, que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante. 2.º Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el Juez competente para despachar la ejecución. 3.º La confesión hecha ante el Juez competente. 4.º Las letras de cambio, pagarés y cheques en los términos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque. Número 4.º del artículo 1429 redactado por Ley 19/1985, 16 de julio (*BOE* 19 de julio), Cambiaria y del Cheque. 5.º Cualesquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y estos, en todo caso, con los libros talonarios. Resultando conforme la confrontación, no será obstáculo a que se despache la ejecución, la protesta de falsedad del título que en el acto hiciere el director o la persona que tenga la representación del deudor, quien podrá alegar en forma la falsedad como una de las excepciones del juicio. 6.º Las pólizas originales de

contratos mercantiles, firmadas por las partes y por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado que los intervengan, con tal que se acompañe certificación en la que dichos agentes acrediten la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de estos. 7.º Los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta a los que se refiere la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la de emisión.

[27] Artículo 919 de la LEC de 1881: Luego que sea firme una sentencia se procederá a su ejecución, siempre a instancia de parte, y por el Juez o Tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia.

[28] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo 28 de febrero de 1991 (RAJ 1610).

[29] Cfr. Sentencias de 20 de marzo de 1956 *RJ* 1519; 1 de julio de 1965 *RJ* 3958) en un caso de falta de legitimación pasiva al estar mal construida la relación procesal al no demandarse a todos los interesados, se trata de un defecto propio y exclusivo del pleito en que se comete, que no puede trascender ni tiene repercusión en los demás, por tanto subsanable en cualquier otro.

[30] Cfr. Sentencia de 13 de julio de 1942 *RJ* 941.

[31] Cfr. Sentencias de 7 de julio de 1943, *RJ* 854; 1 de julio de 1947, *RJ* 929; 21 de octubre de 1949, *RJ* 1144; 20 de marzo de 1956, *RJ* 1519; 5 de junio de 1956, *RJ* 2692; 21 de diciembre de 1962 entre otras muchas.

[32] Sentencia núm. 617/2013 de 16 de diciembre *JUR* 2014, 101552 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) Mediante dicha demanda se reclamaba a los demandados, propietarios de la finca colindante a la de la actora sita en la CALLE 000 núm. NUM003 de Alcalá de Guadaira, una indemnización de 1598 euros por los daños causados en su vivienda por las filtraciones procedentes de la de los demandados. Asimismo solicitaba su condena a la reparación de las averías de las conducciones ubicadas en su finca que producen las filtraciones que ocasionan los daños en la de la actora… Recuerda la Sentencia del TS de 28 de octubre de 2013, con cita de las de 30 de julio de 1996, 3 de mayo de 2000 y 27 de octubre de 2000 que «no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque 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. Es obvio y evidente que la parte actora pudo en aquel proceso anterior en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual formular también la solicitud de reparación de los defectos o averías de las canalizaciones de la vivienda contigua, pues su fundamento o causa de pedir es el mismo, son idénticas las circunstancias determinantes del derecho reclamado, y la existencia del defecto a reparar era la razón, causa o hecho relevante que sustentaba la demanda.

[33] Las Sentencias del TS de 28 de febrero de 1991, 30 de julio de 1996 y 28 de octubre de 2013 se refieren a procedimientos declarativos y entienden que «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, postulados en gran medida incorporados explícitamente ahora al artículo 400 de la nueva LEC».

[34] Sentencias del TS de 15 de noviembre de 2001 *(RJ* 2001, 9457), y 7 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 622) y 12 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002, 381).

[35] TS núm. 649/2001, Sala Civil, de 28 de junio *(RJ* 2002, 1460).

[36] Sentencia TS 378/2003 de 8 de abril *(RJ* 2003, 3123).

[37] Cfr. JUAN SÁNCHEZ, R., *Proceso civil práctico,* La Ley, Tomo VII, 2-214. Como comenta María Luisa SEGOVIANO *Comentarios a la LEC*. 2713, *no parece razonable que se entienda que el tribunal pueda denegar el despacho de ejecución por falta de algún presupuesto (como la irregularidad formal del título), y que, con posterioridad, el acreedor no pueda solicitar de nuevo la ejecución, una vez presentada la demanda ejecutiva en forma de nuevo. Ello solo puede admitirse si se parte de la posibilidad de subsanación de la demanda ejecutiva defectuosa, previo requerimiento del tribunal y de que el acreedor no la haya subsanado en plazo concedido*.

[38] MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos,* La Ley 2007.

[39] Cfr. MARTÍN PASTOR, J., *La oposición a la ejecución y la impugnación de actos ejecutivos concretos*. La Ley, 2007, 734; ORTELLS RAMOS, M., en AA.VV. *Derechos,* ACHÓN BRUÑÉN, M.ª, *La oposición en los procesos de ejecución de sentencias civiles,* Editorial Tirant lo Blanch, 2002 55.

[40] El Tribunal Constitucional sobre la cosa juzgada ha reiterado (Pleno) en Auto núm. 113/2011 de 19 de julio. *RTC* 2011, 113, AUTO: *la falta de consideración de las resoluciones de los juicios ejecutivos como cosa juzgada. Ya afirmamos entonces (F. 5) que «[en el procedimiento de ejecución hipotecaria, 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 de realización del valor de la finca hipotecada, que carece de una fase de cognición. Tal estructura resulta lógica a partir de la naturaleza del título… El procedimiento es una vía de apremio, en que el Juez realiza un derecho del acreedor, que este no puede realizar por sí solo, porque se lo impide el principio de paz jurídica». 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 sumario 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, la radical limitación de las excepciones no se refiere a la contradicción considerada en sí misma, sino a su efecto suspensivo sobre la realización del valor: 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 y el titular del dominio de la finca no quedan indefensos, ni privados 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»*.

También el Tribunal Constitucional ha afirmado *que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el artículo 24.1 CE»; doctrina que ha sido recordada por este Tribunal en ulteriores ocasiones (FF. 3 y 5), y confirmada como regla general, tras el surgimiento de algunas dudas en relación con la tutela de terceros poseedores de la finca hipotecada.*

[41] Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 648/2009 de 2 de octubre. *RJ* 2009, 550. *Ámbito de la cosa juzgada material. Los argumentos en los que se funda la desestimación del motivo de casación son los siguientes: a) Ley y doctrina coinciden en que la cosa juzgada material aparece exclusivamente ligada a las sentencias firmes que juzgan y resuelven sobre el fondo del asunto (tanto el art. 222 , como el 1252 ,*

hoy derogado, mencionan solo esta clase de resoluciones al regular la cosa juzgada material). La vinculación que deriva de la cosa juzgada material, sea en su vertiente negativa, de impedir o excluir un nuevo enjuiciamiento cuando entre lo resuelto en el primer pleito y lo planteado en el segundo existe plena identidad de personas, cosas y causas, o en su vertiente positiva, de no vedar un nuevo proceso pero sí condicionar la decisión de fondo referente a materias conexas con las ya anteriormente resueltas, exige que la resolución dictada en el primer pleito sea una sentencia firme (es decir, no susceptible de ser impugnada por medio de recursos en el seno del mismo proceso), y resuelva el fondo del asunto, pues solo así cabe entender juzgada definitivamente la pretensión. De esto se sigue que no es posible apreciar la autoridad de cosa juzgada cuando, como es el caso, la decisión a la que se atribuye dicho valor fue una resolución distinta a una sentencia firme. b) La cuestión relativa a la titularidad de las acciones no fue materia del anterior proceso. El hecho de que el mismo tribunal resolviera en el seno de un proceso anterior por medio de auto el recurso de apelación interpuesto contra una diligencia de embargo, a fin de evitar que se trabara sobre bienes ajenos al deudor no determina que tal resolución estableciera, con valor de cosa juzgada, la titularidad de las acciones. El auto dictado examinó la cuestión de la titularidad en una dimensión limitada a la validez del procedimiento de apremio, a fin de evitar su nulidad, pero no vedó que pudiera ser dilucidada en un pleito declarativo. c) No puede prosperar la invocación de indefensión que de modo genérico se formula, pues es doctrina constante que la indefensión relevante a los efectos constitucionales tiene que ser material, real y efectiva, de tal modo que, corresponde a la parte justificar la realidad de la indefensión, y relacionarla con el caso concreto y los términos del debate.

[42] La doctrina señala como ejemplo, el caso de los defectos de la diligencia notarial, cuando en el procedimiento de ejecución de titulo no judicial se deniega ejecución al estimar el Juez que el documento presentado no tenía fuerza ejecutiva y después se inicia otro juicio ejecutivo con el mismo documento sin subsanar. Solo en este caso de falta de subsanación y en este segundo podía alegarse la excepción de cosa juzgada (Cfr. Juan Montero AROCA y José Flors MATÍES, Valencia 2004, 71 y MONTERO AROCA, Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial, en *Derecho Privado y Constitución* 1996, 274, num. 8).

[43] Artículo 1479. 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.

[44] Auto núm. 113/2011 de 19 de julio. *RTC* 2011, 113.

[45] FERNÁNDEZ BALLESTEROS M.A. Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, AA.VV. 736.

(Trabajo recibido el 23-5-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

Contingencias de mercado, riesgo contractual y doctrina *rebus sic stantibus*

Market contingencies, contractual risk and rebus sic stantibus *doctrine*

por

ROSA MILÀ RAFEL
Investigadora Juan de la Cierva-Incorporación
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN: Este trabajo analiza bajo qué condiciones los cambios de mercado pueden ser considerados una alteración imprevisible de las circunstancias que justifique la adaptación o la resolución de los contratos existentes por parte los tribunales con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. En particular, se examina la respuesta que han dado a esta cuestión los tribunales españoles, prestando una especial atención a los casos planteados a raíz de la crisis económica y financiera iniciada en 2008. En primer lugar, se expone la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la doctrina *rebus*, revisada tras la crisis económica. De acuerdo con la nueva doctrina, la crisis económica puede ser considerada un cambio de mercado imprevisible y extraordinario, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales. En segundo lugar, el artículo examina la previsibilidad de los cambios de mercado y la relevancia de la asignación contractual del riesgo. Por último, se dedica un tercer apartado al análisis de constelaciones de casos concretos resueltos por los tribunales. Las contingencias de mercado analizadas son: el riesgo de variación del precio de mercado del bien en la compraventa; la frustración sobrevenida del fin contractual en contratos

de compraventa; el riesgo de financiación en las obligaciones pecuniarias, en especial, en la compraventa de inmuebles; y el riesgo de explotación del negocio de la arrendataria en el contrato de arrendamiento de larga duración.

ABSTRACT: This article aims at analyzing under which conditions market changes may be considered an unexpected change of circumstances that justify the adaptation or termination of existing contracts on the basis of the rebus sic stantibus doctrine. The paper examines the response given by Spanish courts to this question, focusing on cases decided after the economic and financial crisis of 2008. Firstly, it examines the evolution of the Spanish Supreme Court case-law in relation to the rebus sic stantibus doctrine, which has been amended after the economic crisis. According to the new doctrine, the economic crisis can be considered an unforeseeable and extraordinary market change, capable of disrupting the basis of contracts. Secondly, the article examines the foreseeability of market changes and the relevance of risk allocation. Finally, a third section of the paper analyses specific groups of cases decided by Spanish courts. The market contingencies considered in the paper are: risk of market price variations on sales contracts, frustration of purpose affecting sales contracts, risk of not having access to credit of the debtor of monetary obligations, especially in real estate transactions; and risk of business profitability of the lessee in long-term lease agreements.

PALABRAS CLAVE: Contingencias de mercado. Asignación de riesgo contractual. Doctrina *rebus sic stantibus*. Frustración del fin contractual. Crisis económica y financiera. Principio de vinculación contractual. Modificación o resolución contractual. Derecho de contratos.

KEY WORDS: Market contingencies. Risk allocation. Rebus sic stantibus doctrine. Frustration of purpose. Economic and financial crisis. Principle of sanctity of contracts. Adaptation or termination of contracts. Contract law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. OBJETO DEL TRABAJO. 2. PRINCIPIO DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL Y DOCTRINAS EXCEPCIONALES QUE ABORDAN EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS. 3. PRINCIPIO NOMINALISTA Y PRINCIPIO CONFORME AL CUAL EL DEUDOR GARANTIZA EL CUMPLIMIENTO EN LAS OBLIGACIONES PECUNIARIAS.—II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*: 1. DOCTRINA TRADICIONAL. 2. FLEXIBILIZACIÓN DE LA DOCTRINA *REBUS* TRAS LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA DE 2008: *A) La nueva formulación de la cláusula* rebus sic stantibus *y la flexibilización de su aplicación. B) La recesión económica iniciada en 2008 como un cambio de mercado extraordinario e imprevisible. C) Aplicación de la cláusula* rebus *a los casos planteados tras la recesión económica.*—III. PREVISIBILIDAD

DE LOS CAMBIOS DE MERCADO Y RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO: 1. Asignación contractual del riesgo de alteración sobrevenida de las circunstancias. 2. La cláusula *rebus* como regla supletoria que permite a los tribunales asignar riesgos excluidos del «riesgo normal» del contrato. 3. Exclusión de la cláusula *rebus* si el contrato contiene una cláusula de estabilización. 4. La STS de 30 de junio de 2014 sobre el caso Promedios y la interpretación de las cláusulas de estabilización.—IV. CONSTELACIONES DE CASOS DE REVISIÓN O MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR CAMBIOS EN EL MERCADO: 1. Compraventa inmobiliaria: riesgo de variación del valor de mercado del bien y frustración sobrevenida del fin contractual: *A) La disminución del valor de mercado del bien es un riesgo propio del comprador. B) Frustración sobrevenida del fin contractual en la compraventa inmobiliaria.* 2. Riesgo de financiación en las obligaciones dinerarias: *A) El riesgo de financiación lo asumen los deudores. Excepciones para las compraventas de vivienda habitual según la STS de 17 de enero de 2013. B) Asignación contractual del riesgo de no obtener financiación en la compraventa de viviendas. C) Distinción entre deudores que son empresarios o profesionales de los que no lo son.* 3. Contrato de arrendamiento de larga duración: riesgo de explotación del negocio de la arrendataria: *A) Doctrina tradicional: previsibilidad de la modificación de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el arrendamiento. B) Sentencia del TS de 15 de octubre de 2014 sobre el caso Accor Hoteles. C) Jurisprudencia menor posterior al caso Accor Hoteles que desestima la aplicación de la* rebus *a contratos de arrendamiento.*—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Objeto del trabajo

El objeto de este trabajo es analizar bajo qué condiciones los cambios en el mercado pueden ser considerados una alteración imprevisible de las circunstancias que justifique la adaptación o la resolución de los contratos existentes por parte los tribunales con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. Por ello, se examina la respuesta que han dado a esta cuestión los tribunales españoles y se cuestiona su justificación, prestando una especial atención a los casos planteados tras la crisis económica y financiera iniciada en 2008.

Las distintas manifestaciones de la crisis económica y financiera iniciada en 2008 —dificultades de acceso al crédito, bajada de los precios de los inmuebles, desempleo, disminución del consumo, resultados negativos en la facturación de empresas, etc.— causaron serias dificultades a empresas y consumidores en

el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Como consecuencia de la alteración de las circunstancias, el cumplimento de las obligaciones contractuales puede haberse convertido en más oneroso para una de las partes, ya sea porque se ha encarecido la prestación del deudor o porque ha disminuido el valor que la prestación tiene para el acreedor.

En este contexto, a menudo las partes se habrán puesto de acuerdo en renegociar los términos del contrato[1], especialmente si han invertido una cantidad importante de tiempo y dinero en su cumplimento[2] o si el contrato se celebró entre profesionales con relaciones contractuales repetidas en el tiempo[3]. En otros casos, el estado ha intervenido aprobando legislación para adaptar el contrato a las nuevas circunstancias, principalmente, con la finalidad de proteger a los deudores hipotecarios. Finalmente, como último recurso, la parte afectada de manera negativa por el cambio de circunstancias habrá solicitado a los tribunales la adaptación o resolución del contrato con base a la cláusula *rebus sic stantibus*.

El presente artículo expone, en primer lugar, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con la cláusula *rebus*. Esta doctrina ha sido revisada tras la crisis económica de 2008, al reconocer la Sala Primera que una crisis económica puede ser considerada un cambio de mercado imprevisible y extraordinario, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales. En segundo lugar, en el artículo se examina la cuestión de la previsibilidad de los cambios de mercado y la relevancia de la asignación contractual del riesgo. Por último, se dedica un tercer apartado al análisis de constelaciones de casos concretos resueltos por los tribunales. Las contingencias de mercado analizadas son: el riesgo de variación del precio de mercado del bien en la compraventa; la frustración sobrevenida del fin contractual en contratos de compraventa; el riesgo de financiación en las obligaciones pecuniarias, en especial, en la compraventa de inmuebles; y el riesgo de explotación del negocio de la arrendataria en el contrato de arrendamiento de larga duración.

2. Principio de vinculación contractual y doctrinas excepcionales que abordan el cambio de circunstancias

Todos los sistemas jurídicos que respetan la libertad individual y la autonomía privada están basados en el principio de vinculación contractual (*pacta sunt servanda*)[4], que en el derecho español está reconocido en el artículo 1258 del Código Civil. En otros ordenamientos, como el alemán o en el *common law* norteamericano, el principio *pacta sunt servanda* encuentra su reconocimiento a nivel jurisprudencial. De acuerdo con este principio, una obligación debe ser cumplida incluso si el cumplimento de la misma ha devenido más oneroso, bien porque el coste del cumplimento ha incrementado o porque el valor de la contraprestación ha disminuido. En consecuencia, el riesgo que la situación

económica y financiera pueda cambiar en el futuro agravando el cumplimiento de la obligación corresponde, típicamente, al deudor de la misma[5]. El principio de vinculación contractual se fundamenta en la finalidad del contrato como una herramienta de planificación de la economía individual y en el principio de seguridad jurídica de las transacciones[6]. Otra razón económica que explica este principio es la protección de las inversiones específicas realizadas por una de las partes del contrato frente el potencial oportunismo de la otra[7]. Con todo, no es una regla absoluta y está sometida a excepciones.

Tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law* se reconocen distintas doctrinas excepcionales que abordan la cuestión del cambio de circunstancias, si bien solo en algunos Ordenamientos jurídicos estas doctrinas han sido incorporadas en la legislación. Entre otras, la doctrina sobre *frustration* en Inglaterra, Irlanda y Escocia, la doctrina sobre *impracticability* y *frustration* en el *common law* norteamericano[8], la ruptura de la base del negocio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) en Alemania[9], la doctrina de la presuposición (*presupposizione)* en Italia[10] y (*pressuposição*) en Portugal[11], la doctrina de la imprevisión *(imprévision)* en Francia[12] y la doctrina *rebus sic stantibus* en España[13]. También se pueden encontrar reglas excepcionales en los textos internacionales más relevantes. Entre otros, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010 (PICC) que regulan la excesiva onerosidad (*hardship)*[14] y en los proyectos de armonización del Derecho privado europeo: los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL)[15] y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)[16], que se refieren a los efectos del cambio de circunstancias en los contratos (*change of circumstances*).

Con independencia de la doctrina concreta aplicable, la parte en desventaja por la alteración sobrevenida de las circunstancias puede estar legitimada para solicitar hasta tres tipos de remedios: a) la resolución del contrato; b) la modificación del contrato con la finalidad de hacerlo razonable y equilibrado a las nuevas circunstancias; y c) la renegociación[17]. El elenco de remedios disponibles dependerá del Ordenamiento jurídico en cuestión. Algunos sistemas jurídicos solo reconocen a los tribunales la posibilidad de resolver el contrato[18]. Otros únicamente prevén la resolución como remedio subsidiario a la adaptación del contrato por parte de los tribunales. Además, la mayoría de ordenamientos no reconocen el derecho a reclamar a la otra parte la renegociación del contrato, si bien este derecho está previsto en los PECL[19], en los principios UNIDROIT[20] y en el artículo 1195 del Código Civil francés.

3. Principio nominalista y principio conforme al cual el deudor garantiza el cumplimento en las obligaciones pecuniarias

Junto con el principio *pacta sunt servanda*, la mayoría de Ordenamientos jurídicos reconocen el principio nominalista. De acuerdo a este principio, en las

deudas de dinero la cuantía de la misma se basa en su valor nominal y no en su valor «real». En otras palabras, la cuantía de la deuda prevista en el contrato se mantiene constante a pesar de la disminución en el poder adquisitivo de la moneda como consecuencia de la inflación. La habitualidad de la inflación en la economía, hace que en la mayoría de ocasiones aquella no se considere un evento imprevisible[21]. En el Ordenamiento jurídico español este principio ha sido reconocido a nivel jurisprudencial[22].

Solo algunos Ordenamientos jurídicos, y en especial el alemán, han aceptado que la inflación extraordinaria pueda afectar de manera fundamental la equivalencia del intercambio en contratos con deudas de dinero con base la doctrina de la base del negocio (*Geschäftsgrundlage)*. En particular, después de la Primera Guerra Mundial, el Código Civil alemán (BGB) no contenía una norma general que previese excepciones a la fuerza vinculante de los contratos por alteración sobrevenida de las circunstancias[23]. En un contexto de escasez de bienes y de aumento extraordinario de la inflación, el *Reichsgericht* introdujo la doctrina de la base del negocio, con la finalidad de aliviar a la parte desfavorecida, mediante la revalorización de la deuda, en casos en los que la fuerte inflación había afectado la equivalencia de las obligaciones devaluando la obligación de pagar en relación con la obligación de entregar un bien. Con todo, la situación en Alemania después de la Primera Guerra Mundial puede calificarse de única en la historia de la humanidad[24]. La doctrina de la base del negocio fue codificada en el Código Civil alemán (BGB) —§ 313 BGB— con la reforma del derecho de obligaciones, que entró en vigor en 2002.

Un segundo principio comúnmente aceptado en derecho de contratos, junto con el principio de vinculación contractual y el principio nominalista, es aquel conforme al cual el deudor de una obligación dineraria garantiza el cumplimento, es decir, el pago. El deudor de una deuda de dinero no puede alegar imposibilidad, pues el dinero debe obtenerse a cualquier coste. Cada deudor es responsable de que sus medios financieros sean suficientes para cumplir sus obligaciones[25]. En el Ordenamiento jurídico español, la inaplicabilidad del artículo 1182 a 1184 del Código Civil a las obligaciones pecuniarias ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo[26].

II. EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA A LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

1. Doctrina tradicional

En el derecho español, la modificación o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias no está regulada en el Código Civil de 1898[27], si bien se admite por el Tribunal Supremo, desde mediados del siglo XX,

con base en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*[28]. Su fundamento de aplicación se encuentra en el principio de buena fe contractual del artículo 1258 del Código Civil[29]. Con menos frecuencia, la jurisprudencia española ha resuelto los problemas derivados de la alteración sobrevenida de las circunstancias con base en otras doctrinas, como la de la ruptura de la base del negocio.

La doctrina *rebus* es aplicada por los tribunales como remedio para restablecer el equilibro de las prestaciones en los contratos con obligaciones recíprocas. Su aplicación puede comportar, en primer lugar, la modificación del contrato y, solo excepcionalmente, la resolución del mismo si la adaptación de los términos del contrato no permite reequilibrar las prestaciones de las partes[30].

Desde su reconocimiento hasta 2014, el Tribunal Supremo había mantenido inalterado el tenor literal de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, al exigir los siguientes requisitos para su aplicación: a) «una alteración completamente *extraordinaria* de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; b) una desproporción *inusitada* o *exorbitante* entre las prestaciones de las partes contratantes, que rompan el equilibrio entre dichas prestaciones; y que todo ello acontezca por la sobreviniencia de circunstancias *radicalmente* imprevisibles»[31]; d) «que se carezca de otro medio para salvar o impedir el perjuicio»[32]; y e) que se refiera «fundamentalmente a las relaciones de tracto sucesivo, aunque alguna sentencia no la descarta en las de tracto único, pero de ejecución diferida»[33].

La aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por parte del Tribunal Supremo se había caracterizado, hasta 2014, por ser «sumamente restrictiva o excepcional», al ser considerada «una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida en sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"»[34]. En efecto, durante más de cincuenta años, en muy pocas ocasiones el Tribunal Supremo había fundamentado la resolución o modificación del contrato con base en la regla *rebus* —tal como expone CARRASCO PERERA (2017, 982), "solo pueden encontrarse algunos pocos ejemplos"—. Según el citado autor, la escasa aplicación de la doctrina *rebus* hasta ese momento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se explica tanto porque "la formulación del estándar *rebus* se haya sobrecargado de superlativos… sino porque con independencia de la semántica, el TS ha venido haciendo uso de un criterio básico contrario a la *deslocalización* del riesgo contractual» [CARRASCO PERERA (2015, 184)].

En efecto, el motivo de la aplicación excepcional de la cláusula *rebus* en la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo reside en que el cambio de condiciones de mercado existentes en el momento de contratar y la situación financiera de las partes había sido considerada como un riesgo previsible. «Una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente [por el deudor], dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica de-

muestra» [STS, 1.ª, 8 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9027; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS), FD 5.º][35].

2. Flexibilización de la doctrina *rebus* tras la crisis económica y financiera de 2008

A) La nueva formulación de la cláusula rebus sic stantibus *y la flexibilización de su aplicación*

Tras la crisis económica y financiera de 2008, el Tribunal Supremo español ha revisado su doctrina sobre la cláusula *rebus* y ha abandonado la excepcionalidad de la figura, flexibilizando sus requisitos de aplicación. En las SSTS, 1.ª, Sec. 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526) y 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129), ambas con ponencia del magistrado Francisco Javier ORDUÑA MORENO, la Sala Primera anuncia un cambio en la configuración tradicional de la cláusula *rebus sic stantibus* y señala que debe abandonarse la formulación rígida de sus requisitos de aplicación («alteración extraordinaria», «desproporción desorbitante» y circunstancias «radicalmente imprevisibles»), así como su aplicación sumamente restrictiva y excepcional, fundada en las reglas de equidad y justicia.

En cambio, el Alto Tribunal defiende una configuración plenamente normalizada de la cláusula *rebus*, con «una progresiva objetivación de su fundamento técnico de aplicación… claramente compatible con el sistema codificado»[36]. Esta nueva jurisprudencia se fundamenta en la necesidad de adaptar la doctrina sobre la cláusula *rebus* a la realidad social del momento —la crisis económica y financiera iniciada en 2008— y a los principales textos de armonización internacionales y europeos que reconocen y regulan doctrinas excepcionales que se ocupan de la alteración extraordinaria de las circunstancias[37].

Además, el Tribunal Supremo estima que la aplicación de la cláusula no supone una ruptura del principio *pacta sunt servanda*, sino que encuentra su fundamento en la regla de la conmutatividad del comercio jurídico y en el principio de buena fe. Por todo lo anterior, concluye que la normal aplicación de la figura no debe tener más obstáculos «que los impuestos por su debida diferenciación y el marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan una prudente aplicación de la figura»[38].

El abandono de la excepcionalidad en la aplicación de la doctrina *rebus* es criticable, puesto que una cosa es el normal reconocimiento de la figura y otra que los tribunales prescindan de su prudente y moderada aplicación [RAVENTÓS SOLER, LUNA YERGA, XIOL BARDAJÍ (2015, 8) y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (2015, 365)]. Además, también cabe destacar la irrelevancia de la nueva formulación de la doctrina *rebus*, pues a pesar de que el

Tribunal Supremo haya modificado algunos adjetivos, ha continuado utilizando los mismos parámetros jurídicos indeterminados para decidir caso por caso sobre la procedencia de su aplicación [CARRASCO PERERA (2015, 183)][39].

B) La recesión económica iniciada en 2008 como un cambio de mercado extraordinario e imprevisible

El punto más relevante de la nueva doctrina sobre la cláusula *rebus* se encuentra en que el Tribunal Supremo reconoce, a diferencia de aquello defendido en su jurisprudencia anterior, que una recesión económica puede ser considerada un cambio de mercado extraordinario e imprevisible, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales.

A raíz de la crisis económica y financiera de 2008, la Sala Primera se ha planteado la cuestión de la previsibilidad de la misma, así como su consideración como un factor que puede resultar en un cambio extraordinario de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la celebración del contrato —en especial a partir de las SSTS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) y 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)[40]—. Cuestión sobre la que concluye que: «la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido». Con todo, «la aplicación de la cláusula *rebus* no se produce de forma generalizada ni de un modo automático», sino que el análisis debe hacerse caso por caso[41].

En consecuencia, la cuestión de la previsibilidad de la crisis económica y financiera no puede responderse de manera conclusiva en abstracto, siendo preciso analizar en cada caso la asignación contractual del riesgo del cambio sobrevenido de las circunstancias. Sin embargo, puede afirmarse que, en todo caso, si el contrato en cuestión se celebró una vez la recesión económica ya se había puesto de manifiesto, debe considerarse que el riesgo de que la situación económica se viera alterada era un riesgo previsto o previsible en el momento de contratar y, por lo tanto, asignado contractualmente a una de las partes.

En este sentido se pronuncia el ATS, 1.ª, 8 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5246; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). En el caso la arrendataria de un local de negocio se opuso a la demanda del arrendador que solicitaba judicialmente el pago de la cláusula penal por resolución anticipada del contrato. La arrendataria alegaba la extinción del contrato con base en la cláusula *rebus*, pues las expectativas de negocio se vieron frustradas dada la inusual gravedad de la crisis económica. El TS inadmite el recurso de casación pues: «el contrato se firmó

con fecha 20 de junio de 2011, esto es, más de dos años después del inicio de la crisis económica en España (…) no pudiendo decirse que la situación económica en que se encuentra la demandada fuera radicalmente imprevista e imprevisible, obedeciendo más bien a una frustración de las expectativas de explotación del negocio y que, además puede tener su causa en múltiples circunstancias, tanto imputables a una defectuosa previsión o gestión del negocio por la empresa demandada como a motivos externos, pero que no pueden servir para trasladar el riesgo inherente a la actividad empresarial a la otra parte contratante» (FD 2.º)[42].

C) Aplicación de la cláusula rebus a los casos planteados tras la recesión económica

A pesar de la nueva configuración de la *rebus*, en la práctica el número de sentencias en las que el Tribunal Supremo ha fundamentado la resolución o modificación del contrato con base en esta doctrina ha sido reducido. Así, de la quincena de sentencias —dictadas entre noviembre de 2012 y julio de 2017— en las que el Tribunal Supremo ha examinado la aplicación de la *rebus* a contratos afectados por la crisis económica ha estimado su aplicación en tres resoluciones[43].

En la primera Sentencia, la STS, 1.ª, 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), el Tribunal Supremo estima la resolución de un contrato de compraventa de vivienda sin quedar muy claro si lo hace en aplicación de la doctrina de la base del negocio, en relación con la cláusula *rebus sic stantibus,* o con base en el incumplimiento resolutorio del vendedor (art. 1124 del Código Civil). En la segunda Sentencia, la STS, 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), el Tribunal Supremo estimó la modificación de un contrato de explotación de publicidad incluida en autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. Y, en la tercera Sentencia, la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), el Alto Tribunal declaró aplicable la doctrina *rebus sic stantibus* a un contrato de arrendamiento de un hotel celebrado entre dos profesionales y estimó la modificación del contrato en el sentido de reducir la renta a pagar por la arrendataria. Estas sentencias son analizadas con más detalle en las próximas páginas.

Además, en sentencias posteriores a las citadas la Sala Primera ha desestimado la aplicación de la cláusula *rebus* a contratos afectados por la crisis económica [SSTS, 1.ª, sec. 1.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537: MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO); 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2019; MP: Rafael SARAZÁ JIMENA); 13 de junio de 2017 (RJ 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN)].

Con posterioridad a las sentencias del Tribunal Supremo que estimaron la aplicación de la doctrina *rebus* para resolver o modificar contratos tras la crisis

económica, el número de sentencias de Audiencias Provinciales en las que las partes contractuales discuten la aplicación de la cláusula *rebus* ha aumentado considerablemente. Sin embargo, de la cincuentena de resoluciones de Audiencias Provinciales examinadas —dictadas entre enero de 2014 y diciembre de 2016—, únicamente siete han estimado la modificación o la resolución del contrato con base en esta doctrina.

III. PREVISIBILIDAD DE LOS CAMBIOS DE MERCADO Y RELEVANCIA DE LA ASIGNACIÓN DEL RIESGO EN EL CONTRATO

1. Asignación contractual del riesgo de alteración sobrevenida de las circunstancias

La alteración sobrevenida de las circunstancias es un problema de asignación de riesgos contractuales al que la doctrina *rebus sic stantibus* pretende dar solución[44]. El riesgo contractual es la posibilidad de fracaso de los intereses que los contratantes han querido satisfacer con el contrato, por eventos sucedidos después de su celebración y por causas no imputables a las partes[45]. En consecuencia, la imputación del cambio de circunstancias a una de las partes excluye la aplicación de la doctrina *rebus*[46]. Así, un riesgo sería que tras la celebración del contrato y como consecuencia de una contingencia del mercado se incremente el coste del cumplimento para el deudor o disminuya el valor de la prestación para el acreedor.

Tal como explica el análisis económico del derecho, los individuos solo celebran un contrato si *ex ante* la operación les es mutuamente rentable[47]. Además, una de las principales funciones del contrato es distribuir el riesgo de fracaso de las expectativas de los contratantes por eventos sucedidos después de la celebración del contrato[48]. Antes de celebrar el contrato las partes tienen la oportunidad de examinar la información relevante, evaluar la probabilidad de que se produzcan determinadas contingencias inciertas y de pactar el contenido del contrato de acuerdo con sus expectativas y su mayor o menor voluntad de asumir riesgos[49].

Materializado el riesgo, la cuestión que se plantea es ¿a cuál de las partes contractuales cabe atribuir la mayor onerosidad o los efectos perjudiciales derivados de un cambio en el mercado? La respuesta a esta cuestión dependerá, en gran medida, de cómo se haya distribuido el riesgo en el contrato y, por lo tanto, requiere una respuesta caso por caso.

Si el riesgo que cambiara una determinada circunstancia había sido asignado a una de las partes en el contrato —por regla general, al deudor de la prestación—, o si formaba parte de los riesgos propios que derivan de su naturaleza[50], materializado el riesgo, la parte afectada por la mayor onerosidad no puede pre-

tender la modificación o resolución del contrato con base a la doctrina *rebus*[51]. Este debe cumplir en los términos pactados a pesar de la mayor onerosidad de la prestación, pues en otro caso serán de aplicación las reglas generales sobre incumplimiento contractual. Una vez los riesgos han sido distribuidos por las partes en el contrato, estos no deben, por regla general, ser reasignados de manera diferente por los tribunales[52].

Así, no cabe aplicar la cláusula *rebus* al contrato de permuta financiera de tipos de interés o swap pues de la naturaleza del contrato se deriva que las partes asumen el riesgo de oscilación de los tipos de interés, en otras palabras, «la incertidumbre constituye la base determinante de la regulación contractual». Por lo tanto, acecido el riesgo este no puede ser calificado de imprevisible [STS, 1.ª, 29 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 8053; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL), FD 9.º[53]; cfr. con la STS portugués de 10 de octubre de 2013][54].

Con todo, la capacidad humana de predecir acontecimientos futuros es limitada y la cobertura de todos los riesgos mediante cláusulas contractuales puede resultar imposible[55]. Además, incluso en aquellos casos en que sea posible prever un determinado evento futuro, ello puede ser contraproducente desde un punto de vista económico. En el análisis económico del derecho, explican R. COOTER, T. ULEN. (2012, 71), se consideran contratos perfectos aquellos que contienen cláusulas que atribuyen todos los riesgos. La asignación de riesgos en el contrato requiere negociaciones muy costosas y el coste de negociar riesgos muy remotos puede superar a los beneficios obtenidos con tal previsión[56]. En este caso, es preferible que las partes no asignen el riesgo en el contrato y que, una vez producido el cambio de circunstancias, las partes renegocien el contrato o, en defecto de acuerdo, el juez decida[57].

Con independencia de si se ha previsto o no el riesgo en el contrato, el riesgo que la rentabilidad esperada del contrato quede afectada por un cambio de circunstancias, siempre tiene que ser asignado a una de las partes, tal como afirma CARRASCO PERERA (2017, 930). Si el contrato no atribuye el riesgo de manera explícita o implícita a una de las partes, la asignación del riesgo debe hacerse aplicando los criterios de imputación de riesgos previstos por el legislador en la ley. Las reglas establecidas en la ley para determinados eventos imprevistos son de aplicación prioritaria respecto de la doctrina cláusula *rebus sic stantibus (lex specialis derogat legi generali)*[58]. El legislador puede distribuir el riesgo de diferentes maneras: mediante la regulación de los tipos contractuales en particular o la aprobación de leyes excepcionales dirigidas a ser aplicadas a supuestos tasados[59].

Además, el análisis económico del derecho ofrece propuestas de cómo atribuir de manera eficiente el riesgo contractual entre las partes en caso de alteración sobrevenida de las circunstancias[60]. En 1977, POSNER y M. ROSENFIEL[61] defendieron que cuando un evento, no atribuible a ninguna de las partes, comporta que el cumplimento de las obligaciones por una de las partes

sea imposible o más oneroso, la eficiencia impone atribuir ese riesgo a la parte que lo pueda soportar a menor coste (*superior risk-bearer*). En consecuencia, una parte debe ser excusada del cumplimento de su obligación contractual si la otra parte es la superior *risk bearer*, pero no será excusada si lo es ella.

De acuerdo esta teoría, una parte es la superior *risk bearer* si puede prevenir el riesgo de manera más eficiente, o si puede asegurar el riesgo a menor coste. Las partes pueden asegurar el riesgo mediante la diversificación de sus inversiones, la contratación de una póliza de seguro o auto-asegurándose. En consecuencia, el deudor deberá ser excusado del cumplimiento si no pudo razonablemente prevenir el evento que convierte el cumplimento en imposible o más oneroso y si el acreedor pudo haberse asegurado contra el riesgo de no cumplimiento a un coste inferior. Por último, cuando es difícil determinar cuál de las dos partes es el *superior risk-bearer*, defienden que el riesgo debe ser asignado al deudor[62].

2. La cláusula *rebus* como regla supletoria que permite a los tribunales asignar riesgos excluidos del «riesgo normal» del contrato

La cláusula *rebus* es una regla supletoria que permite a los tribunales asignar o dividir pérdidas derivadas de riesgos excluidos del «riesgo normal» del contrato, es decir, aquel riesgo que no ha sido asignado a una de las partes ni en el contrato ni en la ley[63]. En este sentido el Tribunal Supremo ha afirmado respecto de la cláusula *rebus* que: «para la aplicación de la figura el cambio o mutación, configurado como riesgo, debe quedar excluido del "riesgo normal" inherente o derivado del contrato»[64].

La mayoría de las sentencias analizadas que desestiman la aplicación de la cláusula *rebus* basan su decisión en que el riesgo del cambio de mercado había sido asumido por el deudor en el contrato, es decir, en que aquel se encontraba dentro del «riesgo normal» del contrato[65].

Un ejemplo puede verse en la SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 22 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 74791; MP: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON) que resuelve un caso relativo a un contrato celebrado entre Renfe Operadora y Cremonini Rail Ibérica, S.A. En virtud del contrato, esta última se obligaba a prestar los servicios de restauración a bordo de determinados trenes, a cambio de un precio fijo por servicio realmente prestado, fuese el número mayor o menor a los inicialmente pactados. Con posterioridad y como consecuencia de la crisis económica, la demanda de plazas «con prestaciones» disminuyó de forma significativa, lo que llevó a Renfe a reducir los servicios de cafetería y bar en un 18,97% respecto de los servicios previstos inicialmente en el contrato. Cremonini demandó a Renfe y solicitó, con base en la cláusula *rebus,* el pago de las pérdidas contables, así como las ganancias esperadas para el año

2011. La SAP consideró que no resultaba aplicable la cláusula *rebus,* al faltar la imprevisibibilidad, puesto que el contrato contemplaba la posibilidad de introducir modificaciones por parte de Renfe, así como el abono por servicios realmente prestados[66].

3. Exclusión de la cláusula *rebus* si el contrato contiene una cláusula de estabilización

En los contratos de larga duración entre profesionales, es probable que las partes pacten una cláusula de estabilización —en especial, una cláusula de revisión de precios—, si en el momento de contratar conocen el riesgo y la renegociación posterior del contrato tiene un coste elevado. La existencia de este tipo de cláusulas excluye la aplicación de la cláusula *rebus*, pues ocurrida la contingencia prevista que permite la modificación del contrato, esta no puede calificarse de imprevisible. Se trata de un riesgo incluido en la esfera del contrato, por lo que se aplicarán las consecuencias previstas por las partes en el mismo[67]. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, que ha afirmado que la «adjetivación de subsidiaria [de la cláusula *rebus*] hace referencia (…) a que su función no resulte ya cumplida por la expresa previsión de las cláusulas de revisión o de estabilización de precios» [STS, 1.ª, Sec. 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), FD 2.º].

Un ejemplo de la inaplicabilidad de esta doctrina cuando las partes han pactado en el contrato una cláusula de estabilización puede verse en la STS, 1.ª, 27 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 4714). En ella el Tribunal Supremo desestimó la aplicación de la cláusula *rebus* para aumentar la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un aparcamiento celebrado en el año 1977, entre otros motivos, porque el contrato ya contenía una cláusula de actualización de renta. El Corte Inglés, S.A., arrendadora y superficiaria del inmueble, había solicitado la modificación del contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus* por la gran transformación económica sufrida por España desde que se firmó el contrato, el éxito comercial que había sufrido la zona y la modificación operada en el contrato de superficie entre la demandante y la propietaria del suelo, con un importante aumento del canon superficiario. De acuerdo con el TS, «[L]as circunstancias referidas no pueden tener [la] calificación [de imprevisibles]; en efecto, el contrato suscrito por los litigantes, en previsión, ya desde su inicio, de la gran duración del arrendamiento, contiene cláusulas de actualización de renta y, con el objetivo de evitar los desequilibrios desproporcionados derivados de la duración de los contratos de arrendamiento en general, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 integra normas de actualización de renta» (FD 6.º)[68].

Tampoco es aplicable la cláusula *rebus* para revisar el precio de la prestación por cambios de mercado, si en virtud del contrato un porcentaje del precio se

determina teniendo en cuenta precisamente el valor de mercado del bien en cada momento. Un caso en el que se planteó esta cuestión es el resuelto por la SAP Cádiz, Civil, Sec. 8.ª, 22 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 48310; MP: María Esther MARTÍNEZ SAIZ). En 2011, la decisión del Gobierno alemán de bloquear la entrada de productos hortofrutícolas de origen español devaluó el precio de las cosechas de patatas destinadas al mercado alemán. Dos productores entregaron a Expat Andalucía, S.A. las cosechas, en cumplimiento de los contratos suscritos con dicha entidad. En el contrato, se había pactado que el precio de las patatas se determinaría, en un 50% conforme a un precio fijo y en un 50% conforme al precio diario de mercado, que se calculaba por referencia al precio de compra a agricultores en la zona de Sevilla para patatas del mismo tipo para exportar al mercado alemán. Los vendedores demandaron a Expat Andalucía, S.A. y reclamaron el precio de las cosechas calculado conforme el contrato. La demandada se opuso con base en la cláusula *rebus sic stantibus* y solicitó la moderación del precio. La SAP considera que no procede la aplicación de la cláusula *rebus*, pues «[e]l precio de las cosechas producidas, al determinarse en una parte por referencia al precio de mercado, ya se vio afectado por la crisis que, como ambas partes admiten, incidió en los precios devaluándolos» (…) [E]n todo caso, los agricultores son del todo ajenos a los riesgos de la exportación que asumía en exclusiva Expat (FD 4.º).

Otra cuestión más problemática es determinar si cabe aplicar la cláusula *rebus sic stantibus* a aquellos contratos en los que es esperable que las partes pacten una cláusula de estabilización para el caso en que se produzcan determinados cambios de circunstancias, si en el caso concreto las partes no han pactado dicha cláusula. La mejor doctrina sostiene que en estos casos, por regla general y salvo concurrencia de circunstancias excepcionales, materializado el riesgo, el cambio de circunstancias no puede calificarse de imprevisible[69]. En efecto, si las partes no han pactado una cláusula de adaptación cabe presumir que la continencia está dentro de la esfera del contrato y, en consecuencia, no cabe aplicar la cláusula *rebus*. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la STS, 1.ª, 10 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990, 9927; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA)[70].

Más recientemente, en la jurisprudencia menor, la SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.ª, 26 de octubre de 2016 *(JUR* 2016, 241510; MP: María Dolores FERNÁNDEZ GALLARDO) desestima la reducción de la renta solicitada con base en la *rebus* por la parte arrendataria de un contrato de arrendamiento para el establecimiento de una instalación fotovoltaica en la cubierta de una nave industrial. En 2009, el propietario de la nave había celebrado el contrato con Enersonne Promociones Fotovoltaicas, S.L., con una duración de un año, prorrogable, a voluntad del arrendatario, por un máximo de cuarenta. La renta pactada era de 65 euros por cada kilovatio de potencia nominal, actualizable anualmente conforme al IPC. A partir de 2013, y como consecuencia de diversas modifi-

caciones normativas aplicables al contrato, los ingresos de la arrendataria por la explotación de las plantas fotovoltaicas bajaron un 22,77%. Según la SAP: «estamos ante un riesgo sobrevenido derivado de las contingencias habituales y no extraordinarias que, aun cuando pueda convertir el contrato en una relación sin rentabilidad económica, debe ser asumido por la demandada en cuanto riesgo susceptible de ser previsto y evitado, al menos, en el alcance de sus consecuencias, para quien, como la recurrente, se dedica empresarialmente a la producción de energía, mediante el establecimiento en el contrato de los mecanismos de ajuste o/y revisión periódica adecuados a la naturaleza del mismo» (FD 2.º)[71].

4. La Sentencia del TS de 30 de junio de 2014 sobre el caso Promedios y la interpretación de las cláusulas de estabilización

Una tercera problemática vinculada a las cláusulas de estabilización es cómo interpretar una cláusula contractual que permite modificar el precio de la prestación si concurren determinadas circunstancias, cuando finalmente el cambio sobrevenido no es exactamente el previsto en la cláusula, a pesar de estar estrechamente relacionado al mismo. Esta pregunta admite dos posibles respuestas. La primera es que la cláusula debe ser interpretada en el sentido de que todos los riesgos que afectan al precio y que no están expresamente previstos en la cláusula son riesgos imprevisibles y, por lo tanto, no asignados a ninguna de las partes en el momento de contratar. La segunda es que la cláusula debe interpretarse en el sentido que únicamente cabe la modificación del precio si ocurre el cambio expresamente previsto, por lo que el resto de riesgos que afecten al precio deben considerarse asumidos por el deudor de la prestación en el contrato[72].

Esta cuestión se planteó en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) que se refiere a un contrato celebrado en 2006 entre la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (EMT) y la empresa Promedios Exclusivas de Publicidad, S.L., por un periodo de cuatro años. En el contrato, Promedios se obligaba a pagar un canon mínimo mensual —actualizable anualmente en el 5%— a cambio de la explotación de la publicidad incluida en los autobuses de la ciudad. El contrato se cumplió normalmente hasta febrero de 2009, fecha en la que Promedios solo pagó el 70% de la factura del mes de noviembre de 2008, lo que justificó en un descenso de su facturación derivado de la crisis en el mercado de inversiones publicitarias. La inversión en el sector de la publicidad en el transporte en la Comunidad Valenciana, en el cómputo total anual de los años 2007 a 2009, descendió un 67,62% para el año 2009. Además, en el caso quedó probado una rentabilidad económica negativa del contrato de 4.107.128 euros para Promedios.

Promedios demandó a EMT y solicitó que se modificaran las bases para calcular el canon previstas en el contrato, por el 70% de su facturación neta mensual, todo ello fundamentado en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*. A este procedimiento se acumuló el iniciado por EMT contra Promedios en el que solicitaba que se declarara la resolución del contrato por incumplimiento contractual, así como la obligación de la demandada de abonar la deuda vencida y una indemnización por daños y perjuicios. El JPI núm. 4 de Valencia (28 de abril de 2011) estimó en parte la demanda de Promedios y acordó modificar, con efectos desde enero de 2009, las bases para el cálculo del canon fijándolo en un 80% de la facturación neta mensual de Promedios, con un mínimo garantizado de 100.000 euros mensuales. La AP Valencia, Sec. 7.ª, Civil (11 de junio de 2012) revocó la JPI y en su lugar estimó en parte la demanda interpuesta por EMT. Declaró la resolución del contrato por incumplimiento contractual grave imputable a Promedios y condenó a esta última a pagar la deuda vencida y exigible, así como una indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo estima en su Sentencia de 30 de junio de 2014 el recurso de casación interpuesto por Promedios y en aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* declara la modificación del contrato según la ponderación realizada por la SJPI.

Una de las cuestiones claves de la sentencia es la interpretación de la cláusula del contrato que preveía que EMT se beneficiaba de una posible variación al alza de la facturación de Promedios —todo ello, sin perjuicio de la actualización anual del mínimo garantizado—. Sin embargo, el contrato no se refería expresamente a qué sucedía si la variación de la facturación de Promedios era a la baja, por pérdida de clientes, tal y como pasó finalmente. En este contexto el Tribunal Supremo se pregunta si, tal como sostiene «la sentencia de la Audiencia, la ausencia o falta de previsión al respecto en relación con las expectativas económicas de la empresa adjudicataria constituye, por ella misma, un factor determinante para la inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*» (FD 3.ª).

El Tribunal Supremo concluye que la cláusula no puede ser interpretada en este sentido pues, «aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica (…). De este contexto se comprende que en el momento de la contratación (…), solo se tuvieron en cuenta, (…), la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación» (FD 3.º).

Esta solución resulta criticable, ya que la cláusula de revisión de precios que solo contemplaba la adaptación del mismo en caso de aumento de la facturación de Promedios se podría haber interpretado en el sentido contrario: es decir, que cualquier otra contingencia que afectara el precio no cubierta por la cláusula había sido asumida residualmente por la parte perjudicada por el cambio. El

hecho que Promedios fuera una empresa del sector conocedora del riesgo empresarial del negocio, hace difícil defender que el riesgo de disminución de la facturación por pérdida de clientes en la publicidad no fuera un riesgo que se esperase que se tuviese en cuenta en la distribución natural de riesgos derivados del contrato. Y, por lo tanto, que fuera un riesgo imprevisible en el momento de contratar[73]. La reacción previsible a esta sentencia es que, en el futuro, las partes sean mucho más cautelosas a la hora de recatar cláusulas de estabilización de precios que incluyan la revisión del precio al alza, pero no a la baja[74].

Además, la sentencia comentada considera que «dicha alteración o cambio de circunstancias [había producido] una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimento de la prestación de la parte afectada» (FD 3.º). Así, el Tribunal Supremo consideró que se había originado una excesiva onerosidad de la prestación de Promedios «que se desprende (…) en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado» (FD 3.º).

La doctrina del caso Promedios sobre la interpretación de la cláusula de adaptación de precios ha sido aplicada con posterioridad en un caso que dio lugar al ATS, 1.ª, Sec. 1.ª, 8 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5248; MP: José Antonio SEIJAS QUINTANA). Los hechos del caso son los siguientes. En 2008, ADIF adjudicó a la UTE Cortés-San Pablo el contrato de ejecución del proyecto de renovación de un tramo de la vía de la línea Bobadilla-Algeciras. El contrato, regido por el derecho privado, disponía que el contratista tenía derecho a revisión de precios si se daban determinados requisitos y, en particular, en caso de aumento del coste de la mano de obra, materiales, etc. Dicha cláusula no hacía mención a la revisión del precio por parte de ADIF. Después de la correcta ejecución del contrato, en noviembre de 2011, ADIF remitió a la contratista la liquidación final del contrato, con un saldo a favor de la UTE de 4.999.431,64 euros. En enero de 2012, ADIF remitió una segunda versión de la liquidación final con un saldo a favor de ADIF de 2.638.305,11 euros. En esta segunda liquidación ADIF revisó el precio teniendo en cuenta la disminución del coste de la mano de obra y los materiales tras el estallido de la burbuja inmobiliaria.

La adjudicataria demandó a ADIF y solicitó el pago del importe de la primera liquidación, al considerar que el contrato no reconocía a ADIF el derecho a revisar el precio. La SJPI estimó procedente la revisión del precio del contrato por parte de ADIF con base en la cláusula *rebus sic stantibus*. La AP se cuestiona si la cláusula de estabilización, que tiene en cuenta las expectativas económicas del contratista y que, en cambio, guarda silencio respecto de la otra parte del contrato, impide la aplicación de la cláusula *rebus* en este caso. Según la SAP la cláusula debe interpretarse en el sentido que el riesgo de ba-

jada del coste de las obras era un riesgo imprevisible en el momento en el que se celebró el contrato, pues «(…) las expectativas económicas del coste de las obras contratadas no preveían en modo alguno la bajada, sino que, siendo la variable marcada por la burbuja económica que se vivía la previsión razonable se encaminaba a un alza en su coste» (FD 5.º). La SAP cita y aplica la doctrina de la sentencia del caso Promedios, al concluir que la cláusula de revisión de precios no excluye la aplicación de la *rebus*, pues del silencio de la cláusula no «se infiere directamente la asignación abstracta del riesgo, sino que, por el contrario, este riesgo o alteración sobrevenida debe ser valorado conforme a la nota de imprevisibilidad de acuerdo con su alcance y su incidencia en el contexto económico y negocial en el que incide o se proyecta (…)» (FD 5.º).

Con todo, finalmente la AP condenó a ADIF a pagar la primera liquidación practicada, porque la demandada no probó el exacto coste de la disminución de precios de ejecución, de manera que sin la aplicación de una estabilización el precio final pagado resultaría excesivamente oneroso para ella. El TS inadmitió los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por ADIF contra la SAP.

IV. CONSTELACIONES DE CASOS DE REVISIÓN O MODIFICACIÓN DEL CONTRATO POR CAMBIOS EN EL MERCADO

En este tercer apartado se analizan diversas constelaciones de casos resueltos por los tribunales españoles en los que se plantea la revisión o modificación de los contratos por cambios fundamentales en el mercado. Las contingencias de mercado analizadas son: el riesgo de variación del precio de mercado del bien en la compraventa; la frustración sobrevenida del fin contractual en contratos de compraventa; el riesgo de financiación en las obligaciones pecuniarias, en especial, en la compraventa de inmuebles; y el riesgo de explotación del negocio de la arrendataria en el contrato de arrendamiento de larga duración.

1. Compraventa inmobiliaria: riesgo de variación de valor de mercado del bien y frustración sobrevenida del fin contractual

A) La disminución del valor de mercado del bien es un riesgo propio del comprador

Una de las consecuencias del estallido de la burbuja inmobiliaria en 2008 fue la caída drástica del precio de los inmuebles[75]. Con anterioridad, muchos compradores habían celebrado contratos de compraventa de inmuebles con pago aplazado, en todo o en parte, hasta el momento de entrega del inmueble. En

estos casos, el comprador del inmueble que ha visto que el precio de mercado del bien adquirido ha disminuido con posterioridad a la perfección del contrato y antes de la ejecución de las prestaciones, puede haber solicitado frente a los tribunales la modificación o resolución del contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus*. La cuestión que se plantea en este primer grupo de casos es qué parte contractual debe asumir el riesgo de variación del precio del bien en los contratos de compraventa inmobiliaria, cuando aquel se produce a partir de la perfección del contrato y antes de la ejecución de las prestaciones.

Tradicionalmente, y durante la época en la que en el mercado inmobiliario español los precios de los inmuebles crecían de manera continuada, el Tribunal Supremo había desestimado la modificación del precio solicitado por el vendedor con base en la cláusula *rebus*, con el argumento que el valor del bien es un riesgo previsible para la parte vendedora, por lo que forma parte del riesgo asumido contractualmente. Además, la parte vendedora tiene la posibilidad de pactar cláusulas de adaptación de precios con el fin de mitigar los efectos del aumento del precio[76]. Tras la crisis económica y financiera de 2008, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la de las Audiencias Provinciales, ha continuado defendiendo la misma tesis: la disminución del valor de los inmuebles adquiridos no puede considerarse un evento extraordinario e imprevisible, sino un riesgo propio del comprador, especialmente, cuando la parte afectada es una empresa que se dedica al mercado inmobiliario [STS, 1.ª, sec. 1.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)] [77].

Además, tampoco procede la aplicación de la cláusula *rebus* si la compraventa tiene finalidades claramente especulativas. La STS, 1.ª, 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2019; MP: Rafael SARAZÁ JIMENA) desestima la aplicación de la *rebus* a una compraventa de vivienda celebrada en 2006, en la que la parte compradora se dedicaba habitualmente a comprar y vender viviendas en construcción para obtener beneficios como consecuencia del rápido incremento de precio que se producía en esa época. El promotor y vendedor de la vivienda demandó al comprador y solicitó el cumplimento del contrato, ante la negativa de aquel a otorgar la escritura pública de compraventa. El demandado formuló reconvención y solicitó la revisión del contrato de compraventa con base en la cláusula *rebus*, por no poder hacer frente a los préstamos hipotecarios en razón al importante número de inmuebles adquiridos que, como consecuencia de la bajada de precios acaecida tras el «pinchazo» de la burbuja inmobiliaria, no había podido enajenar. El TS considera que la doctrina no es aplicable al caso. «Tratándose de una compra claramente especulativa, a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, consecuencia de la rápida subida que venían sufriendo los precios de las viviendas, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo, no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *rebus sic*

stantibus y trasladar las consecuencias negativas del acaecimiento de tal riesgo al otro contratante. Una aplicación en estos términos de la doctrina *rebus sic stantibus* sería contraria a la buena fe». Además, el TS estima que «[l]as dificultades del demandado reconviniente para cumplir el contrato se derivan de su propia conducta especulativa y de su sobreendeudamiento voluntario» (FD 11.º)[78].

B) Frustración sobrevenida del fin contractual en la compraventa inmobiliaria

Un número considerable de casos en los que se discute la aplicación de la doctrina *rebus* se refieren a contratos de compraventa de solares adquiridos por promotores inmobiliarios con la finalidad de desarrollar promociones inmobiliarias. Tras la crisis del mercado inmobiliario, las expectativas de negocio de muchos de estos promotores se vieron frustradas por la inviabilidad económica de la promoción por falta de clientes, la inedificabilidad del solar por la paralización del desarrollo urbanístico de la zona, etc. En este contexto, algunos de los compradores solicitaron la rebaja del precio o la resolución del contrato con base en la frustración sobrevenida del fin contractual. En particular, se plantea si la finalidad del promotor de desarrollar una promoción inmobiliaria en el solar adquirido es un motivo individual o, por el contrario, fue configurada como una presuposición común incorporada como causa del contrato y si esta se ha visto gravemente afectada por un cambio sobrevenido[79]. Si bien estos casos se suelen resolver acudiendo a la cláusula *rebus*, según explica CARRASCO PERERA (2017, 989), «es una cuestión relativa a la interpretación de los contratos —con apoyo decisivo en criterios de reciprocidad contractual extraídos del artículo 1289.I— la de si una determinada contingencia sobrevenida rompe la presuposición común de las partes, en virtud de la cual se había fijado el montante de la contraprestación pactada».

En la jurisprudencia reciente, destaca la STS, 1.ª, sec. 1.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), en la que se discute la aplicación de la cláusula *rebus* a una compraventa con parte del precio aplazado, celebrada en 2006 y que tenía como objeto unas fincas rústicas incluidas en un área de expansión urbanística. La compradora, una empresa del sector inmobiliario, solicitó la rebaja del precio a la mitad, con el argumento que la compraventa tuvo como base negocial las expectativas de desarrollo urbanístico de la zona, que se paralizó por el rigor de la crisis económica, lo que comportó la caída del valor de las fincas en 2009. El TS niega la aplicación de la *rebus* para rebajar el precio, pues «pese a que la parte vendedora conociera la finalidad urbanizadora que impulsaba la celebración del contrato, (…) la fluctuación del valor de mercado de estos bienes inmuebles constituye un claro riesgo que asume la parte compradora y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada al sector inmobiliario» (FD 2.º). Además, el Tribunal Supremo rechaza que se

haya producido una frustración sobrevenida del fin contractual por inedificabilidad sobrevenida debida a razones urbanísticas. En primer lugar, porque las expectativas de desarrollo urbanístico de las fincas no fueron configuradas como una presuposición común incorporada como causa del contrato. Además, no se produjo tal frustración de la base negocial del contrato (viabilidad del proceso de urbanización) pues, si bien hubo un retraso en la ejecución del propósito urbanizador de la compradora, permanecen inalteradas las expectativas sobre el aprovechamiento urbanístico resultante (FD 2.º)[80].

Un caso parecido es el que dio lugar al ATS, 1.ª, 20 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 141809; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). Una promotora inmobiliaria celebró con el propietario de un solar un contrato de permuta de solar por vivienda en construcción. En el contrato se consignó que el solar iba a ser destinado, junto con otros, a la edificación de un nuevo inmueble por la promotora. La propietaria del solar demandó a la promotora y solicitó el cumplimiento del contrato y una indemnización por daños y perjuicios. La promotora formuló reconvención instando la resolución del contrato con base en la *rebus*. Según la promotora, el contexto de crisis económica del sector determinó la frustración del fin del contrato, pues ya no le resultaba económico ni viable la construcción proyectada en el solar permutado, lo cual determinaba una excesiva onerosidad, pues suponía la entrega de un piso gravado con un préstamo hipotecario. El TS inadmite el recurso de casación por inexistencia de interés casacional. Según el TS: no es inaplicable al caso «la doctrina *rebus sic stantibus,* puesto que la mayor o menor rentabilidad del negocio que proyectó en su día y por el que pretendió la permuta del solar o la finalidad de construcción frustrada no puede trasladarse a la permutante (…)» (FD 3.º)[81].

2. Riesgo de financiación en las obligaciones dinerarias

A) El riesgo de financiación lo asumen los deudores. Excepciones para las compraventas de vivienda habitual según la STS de 17 de enero de 2013

Otra consecuencia de la recesión económica iniciada en 2008 fue la restricción de acceso al crédito, mediante un endurecimiento de las condiciones de solvencia y un mayor rigor en la tasación de los inmuebles, así como el encarecimiento del mismo[82]. Un segundo grupo de sentencias se refiere a casos en los que el deudor de una prestación pecuniaria —generalmente la parte compradora en los contratos de compraventa inmobiliaria— pretende la resolución del contrato por dificultades en la obtención de financiación —en especial, la obtención de préstamos hipotecarios necesarios para financiar la compra—.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo había desestimado estas pretensiones con base a dos reglas, que ha continuado aplicando en su jurisprudencia poste-

rior a la crisis económica. De acuerdo con la primera regla, en las obligaciones dinerarias la resolución no puede fundarse en la imposibilidad sobrevenida de la prestación por dificultades en la financiación (arts. 1182 a 1884 del Código Civil). La imposibilidad sobrevenida solo afecta a las obligaciones de entregar una cosa determinada o de hacer, pero no a las deudas dinerarias, pues el dinero es cosa genérica sujeta a la regla de que el género nunca perece [SSTS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN), 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) y 1ª, 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN)][83].

De conformidad con la segunda regla, la resolución del contrato en casos de imposibilidad de obtención de financiación en la compraventa de inmuebles tampoco puede fundamentarse en la doctrina *rebus*, pues si bien esta regla opera con independencia de cuál sea el contenido de la obligación pactada, «el riesgo de financiación lo asumen en nuestro sistema, como regla, los deudores» [STS, Pleno, 1.ª, 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL), FD 8.º y STS, 1ª, 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN)], FD 6.º[84].

Sin embargo, en su jurisprudencia reciente el Tribunal Supremo ha admitido excepciones a esta última regla respecto de las compraventas de consumo de inmuebles destinados a vivienda habitual. La STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) reconoció que la cláusula *rebus* podía ser aplicada para fundamentar la resolución de contratos de compraventa de inmuebles celebrados antes de la recesión económica, en casos de imposibilidad de obtener financiación por parte de los compradores[85]. La citada sentencia exige que, en estos casos, la resolución no solo se funde en el hecho de la crisis y las consiguientes dificultades de financiación, sino que además concurran en cada caso concreto una serie de requisitos adicionales necesitados de prueba. La exigencia de estos requisitos pretende evitar comportamientos oportunistas de los compradores[86].

Los factores que el Tribunal Supremo exige valorar son los siguientes:

a) «El destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública.
b) La asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, distinguiendo entre contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean.
c) La situación económica del comprador al tiempo de la perfección del contrato y al tiempo de tener que pagar la parte pendiente del precio que esperaba poder financiar[87].

d) El grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas añadidas a la crisis económica general, debiéndose valorar también, en su caso, las condiciones impuestas por las entidades de crédito para conceder financiación[88].
e) Las posibilidades de negociación de las condiciones de pago con el vendedor y, por tanto, de mantener el contrato como alternativa preferible a su ineficacia» (FD 3.º).

A pesar de estas excepciones admitidas por el TS, cabe destacar que, de todos los casos resueltos por la Sala Primera hasta la fecha, solo en un caso ha estimado la resolución del contrato de compraventa con base en la cláusula *rebus sic stantibus* por dificultades en el financiamiento. En particular, en la STS, 1.ª, 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ) que se refiere a un contrato de compraventa de vivienda celebrado entre dos sociedades mercantiles. Cabe señalar que, si bien la sentencia alude a la doctrina de la base del negocio, en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, como fundamento de la resolución del contrato, el TS acaba estimando el recurso de casación interpuesto por la compradora que había basado en el incumplimiento resolutorio del contrato por parte de la vendedora (art. 1124 del Código Civil). Indudablemente, en este caso es más acertado fundamentar la resolución del contrato en el incumplimiento contractual del vendedor, pues este se había retrasado un año en la entrega de la vivienda, lo que impidió que el comprador obtuviera la subrogación del préstamo hipotecario prevista contractualmente[89]. La Sala Primera ha dado un paso atrás en relación con la aplicación de la cláusula *rebus* en casos de dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir el contrato en la posterior STS, 1ª, 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN). La mencionada resolución afirma que en el ordenamiento jurídico español no cabe la exoneración del deudor con base en doctrina de la cláusula *rebus* en los casos de dificultades de financiación. Según el Tribunal, «como regla general, la dificultad o imposibilidad de obtener financiación para cumplir un contrato es un riesgo del deudor, que no puede exonerarse alegando que no cumple sus obligaciones contractuales porque se han frustrado sus expectativas de financiarse. Como excepción, el deudor podrá excusarse cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación» (FD 5º).

B) Asignación contractual del riesgo de no obtener financiación en la compraventa de viviendas

Es preciso recordar que, la cláusula *rebus* es una regla supletoria que únicamente permite a los tribunales asignar o dividir pérdidas derivadas de riesgos

que no han sido asignados a una de las partes ni en el contrato ni en la ley. Si el riesgo de no obtener financiación se asignó a una de las partes en el contrato, el riesgo fue previsto y, por lo tanto, no cabe aplicar aquella doctrina.

En este sentido, en relación con los casos de imposibilidad de obtener financiación se ha pronunciado la ya citada STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). En ella la Sala Primera desestima la resolución del contrato de compraventa de vivienda instado por el matrimonio comprador con base en la cláusula *rebus sic stantibus* por imposibilidad de obtener financiación. El matrimonio que, en abril de 2008, había comprado la vivienda en construcción en documento privado, se negó a otorgar la escritura pública cuando la promotora les comunicó, en noviembre de 2008, la finalización de las obras y les invitó a concretar una fecha para el otorgamiento. Los compradores aportaron un documento de una entidad financiera en el que se hacía constar que a uno de ellos se le había denegado un préstamo hipotecario por su situación de alto endeudamiento. El TS afirma que en este caso no cabe la aplicación de la regla *rebus*, pues en el contrato el riesgo de no obtener financiación estaba expresamente asignado a la parte compradora. En particular, contenía una cláusula que, si bien contemplaba la decisión de los compradores de «subrogarse en el préstamo del promotor», también preveía la posibilidad de que la entidad de crédito denegara la subrogación, sin «por ello exonerarles del pago del precio» (FD 3.º). En el mismo sentido se pronuncia la STS, 1.ª, Pleno, 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)], de acuerdo con la cual «la realidad de una efectiva previsión [de la imposibilidad de obtener financiación para cumplir la obligación de pagar el precio de compra] en el contrato—, determinaría la inaplicación de la regla [*rebus*]» (FD 5.º). También la ya citada STS, 1ª, 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3963; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN) estima que no es aplicable la cláusula rebus en un caso en que el riesgo de no obtener la financiación fue asignado a la parte compradora en el contrato. El propio contrato ya contemplaba las consecuencias de que los compradores desistieran o no cumplieran las obligaciones de pago, la pérdida de las cantidades entregadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios. «En consecuencia, ni el riesgo de la falta de financiación correspondía al vendedor ni hay razón para no aplicar las consecuencias pactadas contractualmente» (FD 5.º).

Por consiguiente, si alguna de las partes asumió contractualmente el riesgo de financiación las únicas normas aplicables serán, en su caso, las reglas generales sobre incumplimiento contractual (arts. 1101 y sigs., y 1124 del Código Civil). Si el vendedor se obligó a proporcionar financiación externa al comprador —por regla general, a permitir la subrogación del comprador en su posición en el préstamo hipotecario concertado con una entidad financiera—, su incumplimiento puede comportar la resolución del contrato con base en el artículo 1124 del Código Civil[90]. Sin embargo, solo cabe la resolución si la obligación

de facilitar la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario puede calificarse como una obligación de resultado y no de mera gestión o de actividad.

La calificación de la obligación del vendedor como obligación de resultado o de actividad depende de la interpretación que hagan de la cláusula los tribunales. Por un lado, la STS, 1ª, 1 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9024; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS) consideró que la vendedora y promotora de las viviendas había asumido una obligación de mera gestión o de actividad. En el caso, «la promotora debió ofrecer la subrogación, pero como establece el contrato y la práctica mercantil, [era] la entidad de crédito la que ten[ía] la última palabra a la vista de la solvencia del deudor (…)» (FD 3.º). Por otro lado, un segundo grupo de Sentencias del Tribunal Supremo califican de esencial la obligación asumida por el vendedor de facilitar la subrogación en el préstamo hipotecario, cuyo incumplimiento permite la resolución contractual con base en el artículo 1124 del Código Civil. En este sentido, destaca la STS, 1.ª, 16 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 3254; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS), que se refiere a un contrato de compraventa de vivienda en el que la promotora-vendedora se comprometía a que la entidad financiera aceptase «en todo caso» la subrogación en el préstamo hipotecario que estaba gestionado con la misma. De acuerdo con el TS: «a pesar de que, por regla general, la obligación pactada de la vendedora de facilitar la financiación es una obligación accesoria, que refleja un deber de actividad y no de resultado, en este caso (…) por su singular característica esta no era una obligación segundaria o prescindible, pues se le estaba asegurando al comprador la financiación, en todo caso, cuya ausencia resultó determinante para frustrar el resultado del contrato» (FD 3.º). En la misma línea, la STS, 1.ª, 30 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5874; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) estima la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la vendedora, quien se obligó en el contrato a que la entidad de crédito autorizara la subrogación en el préstamo hipotecario.

Si, por el contrario, de una interpretación del contrato se deriva que fue la parte compradora la que asumió el riesgo de financiación del inmueble adquirido, acaecido tal riesgo el comprador no puede resolver el contrato con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, debiendo asumir las consecuencias [STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)]. Además, la compradora tampoco puede resolver el contrato con base en las reglas generales sobre incumplimiento contractual.

C) Distinción entre deudores que son empresarios o profesionales de los que no lo son

En la valoración de la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación, es relevante la condición de empresario o profesional del sector en cuestión del deudor de la obligación dineraria. En el ámbito específico de las

compraventas inmobiliarias el Tribunal Supremo ha señalado que es preciso distinguir «entre los contratantes que sean profesionales del sector inmobiliario y los que no lo sean»[91]. Además, otro factor muy relacionado con el anterior, expresamente mencionado en la jurisprudencia del TS es la consideración del «destino de la casa comprada a vivienda habitual o, por el contrario, a segunda residencia o a su venta antes o después del otorgamiento de la escritura pública»[92]. Resulta criticable que, sin más argumentación, la Sala Primera solo considere aplicable la cláusula *rebus* a las compraventas de viviendas destinadas a vivienda habitual y excluya las destinadas a segunda residencia, cuando ambos compradores son consumidores, pues actúan «con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión» (art. 3 TRLGDCU) [93].

Por el contrario, sí consideramos relevante a los efectos de determinar la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación la condición de profesional o no del comprador de las viviendas. En esta línea, el Tribunal Supremo ha afirmado que el riesgo de no obtener financiación como consecuencia de la crisis financiera no es un riesgo imprevisto o imprevisible para compradores profesionales del mercado inmobiliario, así como para particulares que compran con finalidades especulativas. En otras palabras, aquellos particulares que adquieren viviendas no para uso propio, sino con la finalidad de revender las mismas en el mercado y así obtener un rápido beneficio económico[94].

En este sentido, se pronuncia la STS, 1.ª, 8 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9027; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS) que desestima la resolución del contrato de compraventa de dos viviendas solicitada por los compradores, a los que se les había denegado la subrogación en el préstamo hipotecario, por su edad y falta de solvencia. Las viviendas se habían comprado con la finalidad de revenderlas antes de la finalización de la obra. De acuerdo con la STS, los compradores habían asumido el riesgo de no obtener financiación pues cuando: «se integran en un proceso de rápida obtención de beneficios con la consiguiente disposición urgente de inversión, se están sometiendo a una situación de riesgo aceptando que no pueden intentar repercutir sobre la parte vendedora que ningún beneficio obtiene de las ulteriores ventas» (FD 5.º). Además, concurre culpa de los deudores «al no prever la existencia de una situación de riesgo que era posible anticipar mentalmente, dado que las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra» (FD 5.º).

En la misma línea puede verse el caso que dio lugar al ATS, 1.ª, sec. 1.ª, 28 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 39330; MP: Francisco MARÍN CASTÁN). La parte compradora, un particular que compró la vivienda con el objeto de revenderla obteniendo un lucro a cambio, solicitó la resolución del contrato con base en la doctrina *rebus sic stantibus*. En particular, el comprador alega que el cambio de circunstancias en el mercado inmobiliario y financiero entre el momento de la suscripción del contrato privado de compraventa (2006) y el momento de cumplimiento contractual (2009), comportó la imposibilidad sobre-

venida e involuntaria de poder hacer frente al crédito existente. El TS inadmite el recurso de casación. «En relación con la cláusula *rebus sic stantibus* y su aplicabilidad al caso concreto, debe tenerse presente que (…) a la hora de contratar la parte comparadora debió prever si contaba con los medios suficientes para afrontar sus obligaciones, sin que la crisis económica sea razón suficiente por sí sola para poder dar lugar a la resolución del contrato pretendida, ya que se dejaría el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes» (FD 3.º)[95].

Por último, una cuestión distinta es si las dificultades financieras del deudor para ejecutar el contrato pueden justificar el incumplimiento del mismo, de manera que excluya la resolución por parte del acreedor. En particular, en la jurisprudencia se ha planteado si el incumplimiento del contrato por parte del promotor-vendedor de viviendas por retraso prolongado en la entrega por dificultades en la financiación de las obras, ligadas a la crisis económica y financiera de 2008, puede estar justificado por constituir un caso de fuerza mayor (art. 1105 del Código Civil); o si, por el contrario, constituye un incumplimiento esencial del vendedor que permite al comprador la resolución del contrato (art. 1124 del Código Civil).

En su jurisprudencia reciente, el Tribunal Supremo ha estimado que el retraso prolongado en la entrega de las viviendas derivado de la paralización de las obras por falta de financiación no es un caso de fuerza mayor. Así, la STS, 1.ª, 11 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6374; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS) afirma que «el problema de la crisis financiera es un suceso que ocurre en el círculo de sus actividades empresariales, que no puede considerarse, imprevisible o inevitable (fuerza mayor)»; la STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6624; MP: Antonio SALAS CARCELLER) señala que «un retraso tan notable en [el] cumplimiento de su obligación (…) no puede atribuirse sin más y en general a la crisis inmobiliaria y financiera (…), sino que ha de concretarse en circunstancias individuales (…). Situación que a la vista de los compromisos adquiridos no resultaba totalmente imprevisible para dicha promotora y que se desenvolvía en el ámbito propio del negocio emprendido» (FD 4.º). Por último, la STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6625; MP: Eduardo BAENA RUIZ) estima que las dificultades económicas ligadas al pago para la obtención de las licencias de obras «no es un hecho imprevisible para un profesional de la promoción y construcción de inmuebles (…) pues tendría que tener concedida la financiación para ello antes de crear expectativas y plazos de entrega en los contratos celebrados con consumidores interesados»[96].

3. Contrato de arrendamiento de larga duración: riesgo de explotación del negocio de la arrendataria

Una tercera constelación de casos incluye sentencias que se refieren a contratos de arrendamiento de inmuebles de larga duración y, en especial, de local

de negocio. La recesión económica iniciada en 2008 comportó, en muchos casos, una caída en los ingresos de la empresa arrendataria por pérdida de clientes u otras circunstancias igualmente relevantes que ya no hacían rentable la renta pactada. Ante esta situación, el arrendatario pudo haber manifestado al arrendador su voluntad de terminar el contrato. Las consecuencias de tal manifestación dependen de distintas circunstancias.

Si el contrato contiene una cláusula que otorga al arrendatario la facultad de desistir unilateralmente, aquel puede hacerlo quedando obligado a pagar al arrendador la cantidad de dinero pactada como pena convencional. En cambio, si el contrato no contiene una cláusula en aquel sentido, el arrendador tiene dos opciones. Una opción es que no acepte la resolución y opte por pedir el cumplimiento del contrato, es decir, el pago de las rentas conforme a los vencimientos pactados en el contrato. La segunda opción es que el arrendador acepte la resolución y reclame una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la resolución[97].

En este contexto, el arrendatario afectado puede haber solicitado la modificación de la renta o la resolución del contrato de arrendamiento con fundamento en la doctrina *rebus*. En particular, con el argumento que el contrato se vio afectado por la crisis económica, de carácter imprevisible y extremadamente grave, lo que ha derivado en una excesiva onerosidad para la parte arrendataria.

A) Doctrina tradicional: previsibilidad de la modificación de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el arrendamiento

Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había desestimado la aplicación de la doctrina *rebus* en este tipo de casos con el argumento que la modificación posterior de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el contrato es un evento previsible. En este sentido, la ya citada STS, 1.ª, 27 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 4714; MP: Román GARCÍA VARELA) desestimó la aplicación de la cláusula *rebus* para aumentar la renta de un contrato de arrendamiento de larga duración de un aparcamiento, celebrado en el año 1977. La arrendadora y superficiaria del inmueble había solicitado la modificación del contrato por el cambio de circunstancias consistentes en la gran transformación económica sufrida por España desde que se firmó el contrato, el éxito comercial que había sufrido la zona y la modificación operada en el contrato de superficie entre la demandante y la propietaria del suelo, con un importante aumento del canon superficiario.

La Sala Primera «entiende que el transcurso del tiempo en contratos de tan prolongada duración como son los de arrendamiento, y la transformación económica de un país, producida, entre otros motivos, por dicho devenir, no puede servir de fundamento para el cumplimiento de los requisitos requeridos

por la jurisprudencia para llegar a la existencia de un desequilibrio desproporcionado entre las prestaciones fundado en circunstancias imprevisibles, pues las circunstancias referidas no pueden tener tal calificación». Además, la sentencia tiene en cuenta para excluir la aplicación de la *rebus* que el contrato «contiene cláusulas de actualización de renta» (FD 6.º).

B) Sentencia del TS de 15 de octubre de 2014 sobre el caso Accor Hoteles

Tras la crisis económica iniciada en 2008, la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) —junto con la ya analizada STS, 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)— estimó, a diferencia de aquello defendido en su jurisprudencia anterior, que una recesión económica puede ser considerada un cambio de mercado extraordinario e imprevisible, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales.

El caso resuelto por la Sentencia de 15 de octubre de 2014 se refiere a un contrato de arrendamiento de dos hoteles (Novotel e Ibis) celebrado entre Residencial Ademuz, S.L. (arrendadora) y la cadena de hotelera Accor Hoteles España, S.A. (arrendataria), en el año 1999, de una duración de veinticinco años. En el mismo contrato, Residencial Ademuz, S.L. se obligaba a comprar el solar y a construir el establecimiento hotelero compuesto por tres bloques, cuya posesión cedería posteriormente a la arrendataria. El contrato contenía una cláusula que permitía al arrendatario desistir del mismo a partir del sexto año a contar desde la entrega de los hoteles —que se produjo en 2004— pagando una cláusula penal equivalente al 15% de las rentas que hubiera percibido el arrendador si se hubiese cumplido el contrato durante el plazo pactado. Además, se preveía que, si el arrendatario resolvía el contrato antes de la décima anualidad, debería pagar el importe de las rentas íntegras hasta dicha décima anualidad, aplicándose para el resto de anualidades lo ya señalado. En el periodo 2005-2009, la arrendataria sufrió unas pérdidas acumuladas de tres millones de euros debido a la reducción del número de clientes en los dos hoteles de la cadena. En particular, en el año 2009 en Valencia se produjo una caída del 42,3% en el rendimiento por habitación. La sentencia también señala que, en 2010, la arrendadora celebró un contrato para mantener la relación contractual con otra cadena hotelera, en el que se pactó una reducción del 50% de la renta respecto de la inicialmente pactada en el año 2000.

Accor Hoteles demandó a la arrendadora y solicitó la reducción de las rentas anuales en un 33% y 29% para los hoteles Novotel e Ibis, respectivamente. Con posterioridad, la demandante desistió de sus pretensiones respecto del hotel Novotel. La demandada formuló reconvención y solicitó el cumplimento del contrato. El JPI desestimó la demanda y estimó la reconvención. La AP confirmó.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación de Accor Hoteles y declara la reducción de la renta a pagar por la arrendataria en relación con el hotel Ibis en aplicación de la cláusula *rebus*. En particular, reduce la renta anual un 29% respecto de la renta vigente en el momento de la interposición de la demanda, desde la presentación de la demanda hasta el ejercicio del año 2015. Según la sentencia en este caso concurren dos de los requisitos imprescindibles para que se aplique la doctrina *rebus*: la imprevisibilidad del riesgo y una excesiva onerosidad.

En relación con la imprevisibilidad del riesgo de crisis en el sector hotelero, el Tribunal Supremo señala que la «arrendataria es una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que comporta la explotación del negocio de hostelería», por lo que, en principio, debería asumir el riesgo de explotación del negocio. Sin embargo, continúa la sentencia, la crudeza de la crisis en la ciudad de Valencia con caídas el sector hotelero del 42,3% no se previó, ni era previsible, en el momento en el que se celebró el contrato en 1999. El contrato se celebró en un «contexto económico (…) (periodo 1999 a 2004), de inusitado crecimiento y expansión de la demanda acompañado, además, de una relevante promoción urbanística de la zona de ubicación de los hoteles». Por todo lo anterior, concluye que la falta de previsión acerca de la crisis económica, no se puede imputar, exclusivamente a la arrendataria. «Por las circunstancias de su irrupción, de su especial impacto y trascendencia, su asignación como riesgo no puede caer solo en la esfera de control de la parte en desventaja, ni tampoco cabe establecer que «razonablemente» se hubiera debido tener en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato celebrado» (FD 3.º).

En relación con la excesiva onerosidad, el Alto Tribunal considera que se cumple este requisito pues la actividad económica de la cadena Accor presenta «unas pérdidas acumuladas cercanas a los tres millones de euros en el periodo 2005-2009, frente al balance positivo de la empresa arrendadora, en torno a los 750.000 euros para el mismo periodo objeto de valoración» (FD 3.º).

Esta sentencia ha sido fuertemente criticada por la doctrina fundamentalmente porque modifica la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo de acuerdo con la cual el cambio de condiciones de mercado existentes en el momento de contratar no es un riesgo imprevisible, pues las fluctuaciones del mercado son cíclicas como la historia económica demuestra. Parece poco razonable defender que, una empresa tan relevante del sector hotelero como es la cadena hotelera Accor Hoteles, no debería haber tenido en cuenta en el momento de celebrar un contrato de veinticinco años de duración que el mismo se podría ver afectado por una crisis económica u cualquier otro cambio de mercado[98]. Además, LUNA YERGA y XIOL BERDAJÍ (2015, 7) han señalado con acierto que el hecho de que el contrato no incluyera una cláusula de actualización de renta, que suele incluirse en este tipo de contratos, puede llevarnos a la conclusión que las partes habían excluido cualquier posibilidad de revisión de la renta.

Debe de tenerse en consideración que las partes pactan la duración de los contratos siguiendo un razonamiento económico. Tal y como afirma Ángel CARRASCO PERERA (2015, 196-197), en el arrendamiento de larga duración el arrendador se asegura «un flujo seguro de ingresos y una cobertura frente a depresiones del mercado». Además, en la sentencia comentada el arrendador garantizaba con la larga duración del contrato la recuperación de la inversión que había hecho en la compra y construcción de los inmuebles en los que se situaban los hoteles con el fin de arrendárselos a la cadena Accor. Por otro lodo, con un contrato de larga duración el arrendatario se asegura la posesión del bien durante un largo periodo de tiempo, lo «que le permite amortizar las inversiones y proyectar en el futuro una previsión segura sobre el alcance de sus costes». Por todo ello, es sensato afirmar que el riesgo de explotación del negocio del arrendatario, así como el riesgo de bajada acusada de los precios de mercado de los alquileres, era un riesgo incluido en el «riesgo normal» del contrato asignado a la parte arrendataria.

Además, Ángel CARRASCO PERERA (2015, 191-193) también ha puesto de manifiesto que la sentencia no aplica, ni tan solo menciona, la regla de distribución de riesgos que se deriva del artículo 1575 del Código Civil[99], relativo a los arrendamientos de predios rústicos. En el arrendamiento de cosas, el arrendador participa en los riesgos *intra rem* o riesgos de la cosa, es decir, los riesgos que impiden «al arrendatario usar la cosa arrendada para el destino convenido», «porque el acreedor no puede desentenderse de participar en el riesgo de que el arrendatario deje de poder usar el bien»[100]. En cambio, el arrendador no debe asumir los riegos *extra rem*, los riesgos de mercado tales como el riesgo de crisis económica en el sector hotelero, pues estos no influyen en el uso del bien.

C) Jurisprudencia menor posterior al caso Accor Hoteles que desestima la aplicación de la rebus *a contratos de arrendamiento*

En la jurisprudencia menor, la mayor parte de las sentencias analizadas que se han ocupado de la aplicación de la doctrina *rebus* a contratos de arrendamiento de larga duración afectados por la crisis económica han negado su aplicación[101].

Resulta especialmente interesante el análisis de la SAP Cádiz, Civil, Sec. 4.ª, 14 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 258680; MP: María Esther MARTÍNEZ SAIZ) porque, en un caso similar al resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo sobre el caso Accor, llega a una conclusión totalmente opuesta. El caso se refiere a un contrato de arrendamiento de hotel, celebrado entre Tesa Inmuebles En Renta, S.A. y Meliá Hotels International, S.A en el año 2000 y con una duración de veinte años. Antes de la cesión del hotel a Meliá, Tesa Inmuebles se obligaba a adquirir y rehabilitar el edificio situado en Jerez de la Frontera. Según el contrato, la renta se determinaba por un porcentaje de la rentabilidad

de la inversión a realizar por la arrendadora, porcentaje que iría aumentado hasta el cuarto año de arrendamiento, a partir del cual solo se actualizaría conforme el IPC. A partir del año 2008, la ocupación media del hotel disminuyó hasta un 56,70% con la consiguiente reducción de ingresos superior al 30%.

Meliá demandó a la arrendadora y solicitó la moderación de la renta con base en la *rebus,* por considerar que el cambio de circunstancias operado por la crisis económica había originado una excesiva onerosidad en la base económica del contrato. La SAP desestimó la aplicación de la doctrina citada. «Meliá arrendó el hotel a los efectos de integrarlo en su proceso productivo de manera que el precio se fijó atendiendo lógicamente a las expectativas de ocupación turística en Jerez de la Frontera durante su vigencia. La fluctuación de estas expectativas constituía, por tanto, un riesgo que asumía [la arrendataria] y que se sitúa, además, en el ámbito profesional de su actividad como empresa dedicada a la explotación hotelera» (FD 4.º). Asimismo, en el caso tampoco quedó probado que los resultados negativos de la explotación del hotel se debieran exclusivamente a la crisis económica, pudiendo obedecer a otras causas, como la mala gestión u organización de la empresa (FD 3.º). Esta conclusión, que contrasta con la solución defendida por la Sala Primera en la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), se entiende más acertada pues no hace recaer sobre el arrendador los riesgos de explotación del negocio del arrendatario.

V. CONCLUSIONES

I. En el derecho español, la modificación o resolución del contrato por alteración sobrevenida de las circunstancias se admite por el Tribunal Supremo con base en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Desde su reconocimiento hasta 2014, el Tribunal Supremo había mantenido inalterado el tenor literal de esta doctrina y su aplicación se había caracterizado por ser excepcional. El motivo es que el cambio de condiciones de mercado existentes en el momento de contratar y la situación financiera de las partes había sido considerada por la Sala Primera como un riesgo previsible.

II. Tras la crisis económica y financiera de 2008, el Tribunal Supremo ha revisado su doctrina sobre la cláusula *rebus* y ha abandonado la excepcionalidad de la figura, flexibilizando sus requisitos de aplicación. El punto más relevante de la nueva doctrina se encuentra en que reconoce que una recesión económica puede ser considerada un cambio de mercado extraordinario e imprevisible, capaz de alterar las bases de las relaciones contractuales.

III. El abandono de la excepcionalidad en la aplicación de la doctrina *rebus* es criticable puesto que una cosa es el normal reconocimiento de la figura y otra que los tribunales prescindan de su prudente y moderada aplicación. Además, cabe destacar la irrelevancia de la nueva formulación, pues a pesar de que el

Tribunal Supremo haya modificado algunos adjetivos, ha continuado utilizando los mismos parámetros jurídicos indeterminados para decidir caso por caso sobre la procedencia de su aplicación.

IV. En la práctica, tras la nueva configuración de la cláusula *rebus*, el Tribunal Supremo ha fundamentado la resolución o modificación del contrato con base a esta doctrina en tres resoluciones: la STS, 1.ª, 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ), la STS, 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) y la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO). En sentencias posteriores, ha desestimado la aplicación de la cláusula a contratos afectados por la crisis económica.

V. La cuestión de la previsibilidad de la crisis económica y financiera no puede responderse de manera conclusiva en abstracto, siendo preciso analizar en cada caso la asignación contractual del riesgo del cambio sobrevenido de las circunstancias. La cláusula *rebus* es una regla supletoria que permite a los tribunales asignar o dividir pérdidas derivadas de riesgos excluidos del «riesgo normal» del contrato. Si el riesgo que cambiara una determinada circunstancia había sido asignado a una de las partes en el contrato o si formaba parte de los riesgos propios que derivan de su naturaleza, materializado el mismo, la parte afectada por la mayor onerosidad no puede pretender la modificación o resolución del contrato con base en la *rebu*s.

VI. La existencia de cláusulas de estabilización en el contrato excluye la aplicación de la cláusula *rebus*. En determinados casos puede defenderse que tampoco puede aplicarse, si en el contrato es esperable que las partes pacten una cláusula de estabilización y en el caso concreto no se ha pactado dicha cláusula. Una tercera problemática es cómo interpretar cláusula de estabilización que permite modificar el precio de la prestación si concurren determinadas circunstancias, cuando finalmente el cambio sobrevenido no es exactamente el previsto. Esta cuestión se planteó en el caso Promedios, resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), que interpreta la cláusula del contrato que preveía que EMT se beneficiaba de una posible variación al alza de la facturación de Promedios, pero no se refería a qué sucedía si la variación de la facturación de Promedios era a la baja. Según el TS la falta de previsión respecto a las expectativas económicas de Promedios no excluye la aplicación de la cláusula *rebus,* pues en este caso en el momento de la contratación el riesgo de la crisis económica era imprevisible. Esta solución resulta criticable, pues el hecho que Promedios fuera una empresa del sector conocedora del riesgo empresarial del negocio, hace difícil defender que el riesgo fuera imprevisible. Por ello, la cláusula se podría haber interpretado en el sentido contrario: que cualquier contingencia que afectara el precio no cubierta por la cláusula había sido asumida residualmente por la parte perjudicada por el cambio.

VII. Tras la crisis económica y financiera de 2008, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la de las Audiencias Provinciales, han defendido que la disminución del valor de los inmuebles adquiridos no puede considerarse un evento extraordinario e imprevisible, sino un riesgo propio del comprador, especialmente, cuando la parte afectada es una empresa que se dedica al mercado inmobiliario o cuando la venta tiene finalidades especulativas. Además, los promotores inmobiliarios tampoco pueden alegar la frustración sobrevenida del fin del contrato de compraventa de solares por la menor rentabilidad del negocio que proyectó antes de la crisis.

VIII. El riesgo de financiación de una obligación pecuniaria lo asumen, por regla general, los deudores. Excepcionalmente, el Tribunal Supremo ha admitido que el deudor podrá excusarse del cumplimiento cuando sea la otra parte quien haya asumido el riesgo de la financiación, por ejemplo, asumiendo el compromiso de la financiación por un tercero o vinculando la eficacia del contrato principal a esta financiación.

IX. En relación con la asignación contractual del riesgo de no obtener financiación y el grado de colaboración prometido por el vendedor para obtenerla, se concluye que si alguna de las partes asumió contractualmente el riesgo de financiación las únicas normas aplicables serán, en su caso, las reglas generales sobre incumplimiento contractual. Además, en todo caso, el riesgo de no obtener financiación como consecuencia de la crisis financiera no es un riesgo imprevisto o imprevisible para compradores profesionales del mercado inmobiliario, así como para particulares que compran con finalidades especulativas.

X. Tradicionalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había desestimado la aplicación de la doctrina *rebus* a contratos de arrendamiento de larga duración afectados por cambios de circunstancias con el argumento que la modificación posterior de las condiciones de mercado existentes en el momento de celebrar el contrato es un evento previsible. Con todo, la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) aplica la *rebus* para modificar un contrato de arrendamiento de larga duración, pues a pesar de que la «arrendataria es una empresa relevante en el sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que comporta la explotación del negocio de hostelería», la crudeza de la crisis en la ciudad de Valencia no se previó, ni era previsible, en el momento en el que se celebró el contrato. Esta sentencia resulta criticable porque parece poco razonable defender que, una empresa tan relevante del sector hotelero, no debería haber tenido en cuenta en el momento de celebrar un contrato de veinticinco años de duración que el mismo se podría ver afectado por una crisis económica. Además, la sentencia hace recaer sobre el arrendador los riesgos de explotación del negocio del arrendatario, siendo ello contrario a distribución natural de riesgos en contratos de arrendamiento de larga duración, así como a la regla que el artículo 1575 del Código Civil. Con todo, este pronunciamiento no se ha extendido a nivel de Audiencias Provin-

ciales, pues la mayor parte de las sentencias analizadas que se han ocupado de la cuestión han desestimado la resolución o modificación con base en la *rebus*.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO

- STS, 1.ª, 17 de mayo de 1957 *(RJ* 1940, 2164)
- STS, 1.ª, 6 de junio de 1959 *(RJ* 1959, 3026)
- STS, 1.ª, 8 de julio de 1991 *(RJ* 1991, 5376; MP: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE)
- STS, 1.ª, 10 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990, 9927; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA)
- STS, 1.ª, 24 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 5382; MP: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES)
- STS, 1.ª, 10 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 664; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA)
- STS, 1.ª, 20 de marzo de 1997 *(RJ* 1997, 3890; MP: José ALMAGRO NOSETE)
- STS, 1.ª, 23 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 5201; MP: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL)
- STS, 1.ª, 20 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 149; MP: Román GARCÍA VARELA)
- STS, 1.ª, 28 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002, 1650; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- STS, 1.ª, 21 de marzo de 2003 *(RJ* 2003, 2762; MP: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ)
- STS, 1.ª, 1 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS)
- STS, 1.ª, 20 de noviembre de 2009 *(RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ)
- STS, 1.ª, 27 de abril de 2012 *(RJ* 2012, 4714; MP: Román GARCÍA VARELA)
- STS, 1.ª, 1 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9024; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.ª, 8 de octubre de 2012 *(RJ* 2012, 9027; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.ª, 8 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 2402; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).
- STS, 1.ª, 14 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 2275; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)

- STS, 1.ª, 16 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 3254; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).
- STS, 1.ª, Pleno, 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)
- STS, 1.ª, 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3268; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ)
- STS, 1.ª, 29 de octubre de 2013 *(RJ* 2013, 8053; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)
- STS, 1.ª, 27 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7874; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL)
- STS, 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)
- STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)
- ATS, 1.ª, 2 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 19683: MP: Ignacio SANCHO GARGALLO)
- STS, 1.ª, 11 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6374; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6624; MP: Antonio SALAS CARCELLER)
- STS, 1.ª, 19 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 6625; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- ATS, 1.ª, 28 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 39330; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- STS, 1.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537: MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO)
- STS, 1.ª, 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 2019; MP: Rafael SARAZÁ JIMENA)
- STS, 1.ª, 19 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 3118; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- ATS, 1.ª, 20 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 141809; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- ATS, 1.ª, 3 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 159286; MP Eduardo BAENA RUIZ)
- ATS, 1.ª, 15 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 189092; MP: Eduardo BAENA RUIZ)
- STS, 1.ª, 30 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5874; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- ATS, 1.ª, 8 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5248; MP: José Antonio SEIJAS QUINTANA)

- ATS, 1.ª, 8 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5246; MP: Francisco MARÍN CASTÁN)
- STS, 1.ª, 16 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2308; MP: Francisco Javier ARROYO FIESTAS)
- STS, ª, 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3962; MP: María Ángeles PARRA LUCÁN).
- STS, 1ª., 20 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3653; MP: Rafael SARAZÁ JIMÉNEZ),

Audiencia Nacional

- SAN, Sala de lo Contencioso-administrativo, 11 de noviembre de 2014 *(JUR* 2014, 288658; MP: Juan Pedro QUINTANA CARRETERO).

Audiencias Provinciales

- SAP León, Civil, 11 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 49395; MP: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ)
- SAP Valencia, Civil, Sec. 7.ª, 5 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 146418; MP: Pilar CERDÁN VILLALBA)
- SAP Soria, Civil, Sec. 1.ª, 23 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 149312; MP: José Manuel SÁNCHEZ SISCART)
- SAP Lugo, Civil, Sec. 1.ª, 30 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 111419; MP: José Rafael PEDROSA LÓPEZ)
- SAP Granada, Civil, Sec. 1.ª, 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 140906; MP: Juan Francisco RUIZ-RICO RUIZ)
- SAP Segovia, Civil, Sec. 1.ª, 28 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 142348; MP: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 24 de junio de 2015 *(AC* 2015, 1162; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 8.ª, 8 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 270962; MP: Margarita OREJAS VALDÉS)
- SAP Cádiz, Civil, Sec. 4.ª, 14 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 258680; MP: María Esther MARTÍNEZ SAIZ)
- SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.º, 9 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 247940; MP: Juana CALDERÓN MARTÍN)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 15 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 15588; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 9.ª, 22 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 26836; MP: Juan Luis GORDILLO ÁLVAREZ VALDÉS)
- SAP Asturias, Civil, Sec. 5.ª, 12 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 32637; MP: José Luis CASERO ALONSO)

- SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 22 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 74791; MP: Ramón Fernando RODRÍGUEZ JACKSON)
- SAP Ourense, Civil, Sec. 1.ª, 25 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 61056; MP: María José GONZÁLEZ MOVILLA)
- SAP Barcelona, Civil, Sec. 14.ª, 2 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 102424; MP: Esteve HOSTA SOLDEVILA)
- SAP Madrid, Civil, Sec. 10.ª, 8 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 90199; MP: María Isabel FERNÁNDEZ DEL PRADO)
- SAP Vizcaya, Civil, Sec. 5.º, 20 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 188245; MP: Magdalena GARCÍA LARRAGÁN)
- SAP Sevilla, Civil, Sec. 6.ª, 15 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 225136; MP: Marcos Antonio BLANCO LEIRA)
- SAP Girona, Civil, Sec. 1.ª, 15 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 192155; MP: Nuria LEFORT RUIZ DE AGUILAR)
- SAP Málaga, Civil, Sec. 5.ª, 22 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 263343; MP: Melchor HERNÁNDEZ CALVO)
- SAP Guadalajara, Civil, Sec. 1.ª, 20 de octubre de 2016 *(JUR* 2016, 274526; MP: Isabel SERRANO FRÍAS)
- SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.ª, 26 de octubre de 2016 *(JUR* 2016, 241510; MP: María Dolores FERNÁNDEZ GALLARDO)

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Blog derecho mercantil* [En línea], entrada de 28 de abril de 2015, disponible en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant Lo Blanc.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 97, 345-367.

BUSTO LAGO, J.M. (2014). Comentario a la sentencia de 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla *«rebus sic stantibus»*. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 94, 53-70.

— (2013). ¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? En: A. Carrasco (dir.), *Tratado de compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, vol II. Navarra: Aranzadi (1723 y sigs.).

— (2013). Comentario a la Sentencia de 26 abril 2013 *(RJ* 2013, 3268). Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla «rebus sic

stantibus», frustación de las expectativas del comprador. Sentencia de 26 de abril de 2013». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 579-595.

CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. 2.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters.

— (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic santibus*. Sentencia de 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 98,, 175-206.

CENIANI, M., LUPPI, B. Y PARISI, F. (2011). *Chapter 3. Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 33-52.

R. COOTER, T. ULEN. (2012). *Law and Economics*. 6.ª ed. Boston: Pearson Education International.

FRANSWORTH E.A. (2004). *Contracts*. 4.ª ed. NY: Aspen Publishers.

HERRESTHAL, C. (2011). Chapter 4. Overview: concepts dealing with unexpected circumstances: Germany. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 55-63.

HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

— (2011). Chapter 7. General comparative remarks: converging tendencies, remaining differences and the unsolved mystery of adjustment. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, 643-655.

LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). *Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 (art. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*. *InDret, núm. 2*.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. (2013). Capítulo I. La regulación de los efectos que sobre el contrato despliega una excesiva onerosidad sobrevenida en el derecho comparado y en los textos internacionales. En: F.J. ORDUÑA MORENO, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula* rebus sic stantibus. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

— (2013). Capítulo IV. Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad sobrevenida». En: F.J. ORDUÑA MORENO, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula* rebus sic stantibus. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.

B. S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMAN. (1997) (repr. 2001). *The German Law of Obligations. Volume I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford; New York: Clarendon Press.

MEKKI M., KLOEPFER-PELÈSE M. (2011). Hardship and Modification (or «Revision«) of the Contract. En: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak (eds.), *Towards a European Civil Code*. 4ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business.

MICELI, T.J. (1997). *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*. New York: Oxford University Press.

MOMBERG, R. (2015). Beyond the Risk: Swaps, Financial Crisis and Change of Circumstances. Comparative Case Note. Supreme Court of Portugal — 10.10.2013, 23 *European Review of Private Law*, Issue 1, 81-84.

ORDUÑA MORENO, F.J. (2013). Capítulo V. La moderna configuración de la cláusula *«rebus sic stantibus»*. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura. En: F. J. ORDUÑA MORENO y L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula* rebus sic stantibus. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 247 y sigs.

POSNER, R.A., ROSENFIELD, A.M, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, 6 *Journal of Legal Studies* 83, 1977.

RAVENTÓS SOLER, A., LUNA YERGA, A., XIOL BARDAJÍ, M. (2015). Cuesta abajo y sin frenos. Comentario a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526). *Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2-15.

RIDDER, P., WELLER M.P. (2014). Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *European Review of Private Law*, Issue 3, 371-391.

RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. En: J. Basedow, K.J. Hopt & R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 163-167.

SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. *InDret,* [En línea], núm. 4, disponible en http://www.indret.com/pdf/687_es.pdf

SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision. En: B. Başoğlu (ed.), *The Effects of financial Crises on the Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 3-29.

SMYTHE, D.J (2011). Chapter 11. Impossibility and impracticability. En: G. De Gees (ed.), *Contract law and economics*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar, 207-224.

TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. 2.ª ed. Londres: Thomson Sweet&Maxwell.

NOTAS

[1] SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. *InDret, núm. 4,* 5.

[2] CENIANI, M., LUPPI, B. Y PARISI, F. (2011). *Chapter 3. Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts*. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 37.

[3] CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. 2.ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 986.

[4] HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. *Op. cit,* 4.

[5] SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts: Renegotiation, Rescission or Revision. En: B. Başoğlu (ed.), *The Effects of financial Crises on the Binding Force of Contracts — Renegotiation, Rescission or Revision*. Cham: Springer, 6.

[6] RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. En: J. Basedow, K.J. Hopt & R. Zimmermann (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*. Oxford: Oxford University Press, 162.

[7] SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización… *Op. cit.,* 11.

[8] Sobre estas doctrinas, véase TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. 2.ª ed. Londres: Thomson Sweet&Maxwell.

[9] § 313 BGB. HERRESTHAL C. (2011). Chapter 4. Overview: concepts dealing with unexpected circumstances: Germany. En: E. Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 55, señala que en virtud del § 313 BGB los tribunales pueden «adaptar o resolver el contrato si los hechos relevantes para el contrato divergen de manera fundamental de las expectativas de las partes». Esta doctrina se aplica de manera subsidiaria, si el riesgo en cuestión no ha sido asignado en el contrato o por reglas legales específicas. Además, según señalan RIDDER. P., WELLER M.P. (2014). Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *Op. cit*., 391, los casos típicos en los que se aplica el §313 BGB son: a) inflación; b) devaluación de la contraprestación no monetaria, en especial, en los contratos de compraventa; c) irrazonabilidad del cumplimento porque el coste para el deudor de cumplir su obligación ha aumentado de manera extrema e imprevisible (imposibilidad económica); d) frustración de la finalidad del contrato y; e) casos de grave error compartido por ambas partes

[10] Artículo 1467 del Código Civil italiano.

[11] Artículo 437 del Código Civil portugués.

[12] Artículo 1195 del Código Civil francés, modificado por la ordenanza núm. 2016-131 de 10 de febrero de 2016 de reforma del derecho de obligaciones. Según el nuevo artículo 1195, en vigor a partir del 1 de octubre de 2016: «*Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe».

[13] HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. *Op. cit*, 4-13.

[14] Artículos 6.2.1., 6.2.2. y 6.2.3 PICC que definen y establecen los efectos de la excesiva onerosidad (*hardship*).

[15] Artículo 6:111 PECL.

[16] Artículo III.-1.110 DCFR.

[17] HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. *Op. cit*, 8-10.

[18] Este es el caso de la doctrina sobre *frustration* en Inglaterra, Irlanda y Escocia y de la doctrina sobre *impracticability* y *frustration* en el *common law* norteamericano.

[19] Artículo 6:111 (2) PECL.

[20] Artículo 6.2.3 (1) PICC.

[21] SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts… *Op. cit*., 7; HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Chapter 7. General comparative remarks: converging tendencies, remaining differences and the unsolved

mystery of adjustment. En: Hondius, H. C. Grigoleit (eds.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*. *Op. cit*, 645.

[22] BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? En: A. Carrasco (dir.), *Tratado de compraventa: homenaje a Rodrigo Bercovitz*, Vol II. Navarra: Aranzadi, 1728; y MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., (2013). Capítulo IV. Las consecuencias derivadas de la excesiva onerosidad sobrevenida. En: F.J. ORDUÑA MORENO, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula* rebus sic stantibus. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 242.

[23] RIDDER. P., WELLER M.P. (2014). Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law. *European Review of Private Law*, Issue 3, 387; y HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H. C. (2011). Chapter 7. General comparative remarks (…). *Op. cit*., 645.

[24] MARKESINIS, B. S., LORENZ, W., DANNEMAN, G. (1997) (repr. 2001). *The German Law of Obligations. Volume I. The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*. Oxford; New York: Clarendon Press, 524, explican que «al comienzo de la Primera Guerra Mundial, un gold mark tenía un valor adquisitivo interno de 1,05 RM. Al final de la guerra, la cifra era de 2,62; y aumentó hasta 36,7 RM en 1922».

[25] SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts… *Op. cit*., 7. Sobre el reconocimiento de este principio en el derecho alemán, véase RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. *Op. cit*., 164. Respeto el *common law* norteamericano, FRANSWORTH, E.A. (2004). *Contracts*. 4.ª ed. NY: Aspen Publishers, 633, señala que la inhabilidad de una parte para pagar su deuda (*financial inability*) no puede excusar el cumplimento del contrato por imposibilidad, por tratarse de un supuesto de imposibilidad subjetiva.

[26] Véanse, entre las más recientes, la STS, 1ª, 13 de julio de 2017 *(RJ* 2017, 3962; MP: María de los Ángeles PARRA LUCÁN) y las SSTS, Pleno, 1.ª, 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) y 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).

[27] Con todo, véase el artículo 493, 3er párrafo, de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Por otro lado, se ha planteado la introducción de este remedio en el Código Civil español. La propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009 contiene, en su artículo 1213, una regla que se ocupa de la alteración extraordinaria de las circunstancias básicas del contrato.

[28] Para una explicación detallada de la recuperación de la doctrina *rebus* con posterioridad a la Guerra Civil española (1936-1939), véase SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización… *Op. cit*., 17-20.

[29] En este sentido, STS, 1.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).

[30] Sobre la primacía de la modificación de la relación contractual véase la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO). Con todo, en la jurisprudencia de la Sala Primera pueden encontrarse sentencias que defienden que solo cabe la modificación del contrato y no la extinción o resolución. Véanse, en este sentido, entre otras, las SSTS, 1.ª, 10 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 665; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA); 20 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 149; MP: Román GARCÍA VARELA); y 20 de noviembre de 2009 *(RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

[31] STS, 1.ª, 17 de mayo de 1957 *(RJ* 1940, 2164), énfasis añadido. En el mismo sentido, entre otras, SSTS, 1.ª, 20 de febrero de 2001 *(RJ* 2001, 149; MP: Román GARCÍA VARELA); 1 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS); y 20 de noviembre de 2009 *(RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

[32] SSTS, 1.ª, 6 de junio de 1959 *(RJ* 1959, 3026); 24 de junio de 1993 *(RJ* 1993, 5382; MP: Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES), 28 de diciembre de 2001 *(RJ* 2002, 1650; MP: Francisco MARÍN CASTÁN); 21 de marzo de 2003 *(RJ* 2003, 2762; MP: Jesús CORBAL

FERNÁNDEZ); 1 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS); y 20 de noviembre de 2009 *(RJ* 2009, 7296; MP: Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

[33] STS, 1.ª, 1 de marzo de 2007 *(RJ* 2007, 1618; MP: Vicente Luis MONTÉS PENADÉS).

[34] En este sentido, las SSTS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN) y 1.ª, 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO).

[35] En relación con el tratamiento de estos casos en el *common law* norteamericano, TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. 2.ª ed. Londres: Thomson Sweet&Maxwell, 267-279, explica que los tribunales del *common law* norteamericano rara vez aplican la doctrina de la *impracticability* por cambios en el mercado, incluso en los casos más dramáticos. Los argumentos principales para desestimar estas pretensiones son, por un lado, que la fluctuación en el mercado analizado no era un evento imprevisible para las partes en el momento de celebrar el contrato. Por otro lado, que la fluctuación en el mercado es insuficiente para causar un cambio fundamental de las circunstancias. En relación con la aplicación de la doctrina de la *impracticablity* en casos de alteración de las circunstancias por cambios en el mercado véase el *comment b to the Restatement Second* §261.

[36] STS, 1.ª, Sec. 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526), FD 2.º.

[37] En particular, las sentencias citadas hacen referencia a los Principios UNIDROIT, PECL y a la Propuesta de la Comisión General de Codificación de Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil español de 2009.

[38] STS, 1.ª, Sec. 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526), FD 2.º.

[39] De acuerdo con CARRASCO PERERA, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic santibus*. Sentencia de 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129). *Cuadernos Civitas de Jurisrpudencia Civil*, núm. 98, 183, «ninguno de los estándares *hardship* conocidos o por formular tienen ni pueden tener más virtud que el describir los rasgos del hecho extraordinario, pero no el de predeterminar deductivamente un resultado u otro en el juicio de aplicación».

[40] Con anterioridad, la STS, 1.ª, 14 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 2275; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) ya había admitido *obiter dicta,* la posibilidad de resolver el contrato de compraventa de viviendas con base en la crisis económica en aplicación de la regla *rebus sic stantibus* «cuando de la valoración del conjunto de circunstancias concurrentes, y de la propia configuración jurídica de la regla, se desprenda su posible y correcta aplicación» (FD 2.º).

[41] SSTS, 1.ª, 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), FD 2.º y 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537: MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), FD 2.º.

[42] En el mismo sentido en la jurisprudencia menor, véanse la SAP Ourense, Civil, Sec. 1.ª, 25 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 61056; MP: María José GONZÁLEZ MOVILLA) que estima la demanda interpuesta por la fabricante de una mercancía que solicitaba el pago del precio a la empresa que la había encargado en 2011. La demandada se opuso alegando la resolución del contrato en aplicación de la *rebus,* pues la crisis económica general le impidió obtener financiación. Según la SAP la crisis «[no] se apareció como una circunstancia totalmente sobrevenida e imprevisible» (FD 2.º); la SAP Asturias, Civil, Sec. 5.ª, 12 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 32637; MP: José Luis CASERO ALONSO) que estima la demanda de la arrendadora de las plazas de garaje de un centro comercial que demandó a la arrendataria y solicitó el pago de las rentas no satisfechas. La demandada se opone aduciendo una alteración de la base económica del negocio y solicita la reducción del precio del arriendo. El contrato se había celebrado en 2006 y en 2013 se pactó una adenda de reducción de la renta para el periodo 2013-2016. Según la SAP, «la reducción del precio pactada en el acuerdo novatorio de la adenda ya tomó en consideración la crisis económica» (FD 2.º); y SAP Granada, Civil, Sec. 1.ª, 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 140906; MP: Juan Francisco RUIZ-RICO RUIZ) que desestima la resolución del contrato de arrendamiento de local fundamentada en la cláusula *rebus* y la grave crisis económica, pues el contrato se celebró en 2010.

[43] Además, en el mismo periodo, el Tribunal Supremo ha emitido unos trece autos de inadmisión de recursos de casación confirmando sentencias de Audiencias Provinciales que desestimaban la aplicación de la cláusula *rebus*.

[44] AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula* rebus sic stantibus. Valencia: Tirant Lo Blanc, 176.

[45] CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 929-930.

[46] Así, la STS, 1.ª, 10 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 664; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA) concluye que no procede la modificación del contrato de compraventa solicitado por la vendedora con base en la cláusula *rebus sic stantibus*, pues la elevación del coste del local vendido le es imputable, «dado que la paralización de las obras de construcción del edificio ordenada por el Ayuntamiento de Orense (…) fue debida a infracciones urbanísticas del constructor vendedor al dar a la edificación un mayor volumen de edificabilidad que el permitido» (FD 3.º). En la jurisprudencia menor, la SAP Segovia, Civil, Sec. 1.ª, 28 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 142348; MP: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA) desestima la reducción de la renta del arrendamiento rústico en un 50% con base en la cláusula *rebus sic stantibus,* solicitada por el arrendatario ante la disminución de la caza existente en el coto, pues la sobreexplotación del mismo solo era achacable al arrendatario.

[47] SALVADOR CODERCH, P. (2009). Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización… *op. cit*., 35.

[48] MEKKI, M., KLOEPFER-PELÈSE, M. (2011). Hardship and Modification (or «Revision») of the Contract. En: A.S. Hartkamp, M.W. Hesselink, E. Hondius, C. Mak (eds.), *Towards a European Civil Code*. 4ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 675.

[49] HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H.C. (2011). Introduction: An approach to the issues and doctrines relating to unexpected circumstances. *Op. cit*., 4.

[50] De acuerdo con COOTER, R., ULEN, T. (2012). *Law and Economics*. 6.ª ed. Boston: Pearson Education International, 349, a veces, a pesar de que el contrato no atribuya expresamente el riesgo, los términos del contrato o los usos del sector ofrecen una guía para distribuir el mismo entre las partes. Por ejemplo, si el precio del bien o el servicio es más elevando que el ofrecido en el mercado ello puede revelar que el deudor ha asumido el riesgo.

[51] ORDUÑA MORENO, F.J. (2013). Capítulo V. La moderna configuración de la cláusula *rebus sic stantibus*. Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura. En: F. J. ORDUÑA MORENO y L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La moderna configuración de la cláusula* rebus sic stantibus. *Tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la figura*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 286.

[52] TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. *Op. cit*., 1; SEROZAN, R. (2016). General Report on the Effects of Financial Crises on the Binding Force of Contracts… *op. cit*., 6.

[53] En la misma línea, la STS, 1ª., 20 de julio 2017 *(RJ* 2017, 3653; MP: Rafael SARAZÁ JIMÉNEZ), también excluye la aplicación de la *rebus* a un contrato que se refería a producto bancario especulativo. Por otro lado, la SAP Vizcaya, Civil, Sec. 5.º, 20 de mayo de 2016 *(JUR* 2016/, 88245; MP: Magdalena GARCÍA LARRAGÁN) excluye la resolución de un contrato aportaciones financieras subordinadas fundamentado en la doctrina *rebus*, porque esta doctrina «encuentra difícil encaje en un contrato que en su propia naturaleza presenta un riesgo propio del mercado».

[54] El Tribunal Supremo portugués estimó en su Sentencia de 10 de octubre de 2013 la resolución de un contrato de *swaps* de tipos de interés de tipo variable celebrado entre una entidad financiera y una pequeña empresa con base a la doctrina de la *alteraçao das circunstancias* (art. 437 del Código Civil portugués). Según la sentencia, las partes habían celebrado el contrato con la expectativa que los tipos de interés crecerían razonablemente en el futuro. La gran bajada de los tipos de interés por debajo del suelo pactado en el contrato como consecuencia de la crisis financiera iniciada en 2008 creó un gran desequilibrio en las obligaciones contractuales, comparado con el que las partes se habían representado como posible

y querían asegurar mediante aquellos contratos. Esta sentencia ha sido objeto de numerosas críticas. Véase un comentario de la sentencia en MOMBERG, R. (2015). Beyond the Risk: Swaps, Financial Crisis and Change of Circumstances. Comparative Case Note. Supreme Court of Portugal— 10 de octubre de 2013, 23 *European Review of Private Law*, Issue 1, 81-84.

[55] RÖSLER, H. (2012). Change of Circumstances. *Op. cit.,* 163.

[56] Véase también MICELI, T.J. (1997). *Economics of the Law. Torts, Contracts, Property, Litigation*. New York: Oxford University Press, 71.

[57] ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Blog derecho mercantil* [En línea], entrada de 28 de abril de 2015, disponible en http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/04/el-coste-de-la-rebus.html.

[58] HONDIUS, E. y GRIGOLEIT, H.C. (2011). Chapter 7. General comparative remarks (…). *Op. cit.,* 649-650.

[59] AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2003). *La cláusula* rebus sic stantibus. *Op. cit*., 182 y 184, quien pone como ejemplos el artículo 1593 del Código Civil español relativo al contrato de obra, así como las normas dictadas para resolver los problemas de cumplimiento de contratos surgidos como consecuencia por las guerras del siglo XX.

[60] COOTER, R., ULEN, T. (2012). *Law and Economics. Op. cit*., 350.

[61] POSNER, R.A. Y ROSENFIELD, A.M, «Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis», 6 *Journal of Legal Studies* 83, 1977.

[62] SMYTHE, D.J (2011). Chapter 11. Impossibility and impracticability. En: G. De Gees (ed.), *Contract law and economics*. Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar, 209. CENIANI, M., LUPPI, B. y PARISI, F. (2011). *Chapter 3. Law and economics: the comparative law and economics of frustration in contracts. Op. cit.,* 34-35.

[63] TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure. Op. cit*., 505. CARRASCO PERERA, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic santibus…Op. cit.,* 194.

[64] SSTS, 1.ª, Sec. 1.ª, 24 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124537; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO); 15 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 6129; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO); y 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) (FD 2.º).

[65] En el orden contencioso-administrativo véase la SAN, Sala de lo contencioso-administrativo, Sec. 1.ª, 11 de noviembre de 2014 *(JUR* 2014, 288658; MP: Juan Pedro QUINTANA CARRETERO). El 5 de julio de 2005, fue adjudicado a Typsa, S.A. un contrato de consultoría y asistencia en la redacción del proyecto de reposición de la carretera A-137, afectada por el recrecimiento de la presa de Yesa (Zaragoza). Con posterioridad, el contrato fue prorrogado. La sentencia resuelve el recurso contencioso-administrativo presentado Typsa, S.A que tiene por objeto la resolución por la que se desestima el recurso interpuesto contra la desestimación presunta de la Dirección General del Agua de la reclamación de 19.778,26 euros en concepto de revisión de precios del contrato. La AN desestima el recurso, «puesto que, tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como en el contrato formalizado… se encontraba expresamente excluida la revisión de precios (…) [y] la resolución administrativa de aprobación del modificado número 2 excluía expresamente la revisión de precios y el correspondiente contrato, suscrito por la demandante, se remitía para la ejecución de los trabajos a las mismas condiciones pactadas en el contrato inicial. Por consiguiente, ante la claridad de las cláusulas contractuales y la voluntad así manifestada por las partes, debe regir el principio de libertad de pactos (…)» (FD 3.º).

[66] Además, la pretensión ejercitada, «no se ajusta a los efectos que la jurisprudencia atribuye a la apreciación de la alteración sobrevenida, que se concretan en una revisión de las obligaciones de las partes» (FD 5.º) y no en «una compensación por las pérdidas sufridas y por beneficios dejados de obtener» (FD 6.º). Sobre el mismo caso, pero respecto los perjuicios sufridos por Cremonini en los años 2007, 2008 y 2009, véase la SAP Madrid, Civil, Sec. 8.ª, 8 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 270962; MP: Margarita OREJAS VALDÉS), que también desestima las pretensiones de la actora. Otro ejemplo de riesgo atribuido al deudor

en el contrato puede verse en la SAP Málaga, Civil, Sec. 5.ª, 22 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 263343; MP: Melchor HERNÁNDEZ) que se pronuncia sobre un contrato de dación en pago, celebrado en escritura de 3 de noviembre de 2008, en el que el deudor entregó al acreedor una vivienda. El contrato contenía una cláusula de acuerdo con la cual si el acreedor no transmitía a un tercero la finca antes del 25 de abril de 2011, se procedería a efectuar una nueva valoración de la vivienda por una sociedad de tasación, y en el supuesto de resultar su valor menor a 1.003.034,51 euros, el deudor asumía el compromiso personal de abonar la diferencia entre ambos valores. Llegados el 25 de abril de 2011 el acreedor no había transmitido la finca a un tercero y, por ello, demandó al deudor y solicitó el pago de 415.349,51 euros, equivalentes a la diferencia entre el valor de la deuda y el valor de la vivienda según tasación. El deudor se opuso alegando la aplicación de la *rebus sic stantibus*. La SAP confirma la SJPI que estimó la demanda. «(…) la cláusula pretende proteger el pago del precio en el caso de devaluarse la vivienda adjudicada en pago, tras no ser vendida, y precisamente como consecuencia de una crisis que ya en dicha fecha era notaria en la Costa del Sol (…). Por tanto, las partes precisamente tuvieron en cuenta las fluctuaciones del mercado con la estipulación controvertida y de ahí que no sea de recibo ni una la revisión del contrato ni su resolución, que además no se insta por la parte demandada» (FD 3.º).

[67] TREITEL, G.H. (2004). *Frustration and force majeure*. *Op. cit*., 505 y sigs. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Op. cit*.

[68] En la misma línea, véase el caso que dio lugar al ATS, 1.ª, 15 de julio de 2015 *(JUR* 2015, 189092; MP: Eduardo BAENA RUIZ). Geraldine Comunicaciones, S.L. desarrollaba la actividad de captación de clientela para Vodafone España, S.A. a cambio de un beneficio económico en virtud de los contratos de agencia y franquicia. El 15 de marzo de 2008, Vodafone España, S.A. resolvió los contratos en aplicación de la cláusula que le otorgaba esta facultad para el caso de incumplimiento por parte del Agente de su obligación de cumplir los objetivos mínimos de captación de clientes. Geraldine Comunicaciones, S.L. demandó a Vodafone por resolución unilateral de los contratos y solicitó una indemnización de 276.484,69 euros por la cesión del negocio a tercera persona sin consentimiento, por el stock dejado a los nuevos agentes, por las comisiones devengadas, por falta de preaviso y por clientela. Geraldine Comunicaciones, S.L. admitió que no se alcanzaron los objetivos fijados, pero alegó que la resolución fue injustificada por ser de aplicación la cláusula *rebus sic stantibus*, debido al contexto de crisis. El TS inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos por la actora. «En el supuesto litigioso no existe una absoluta imprevisibilidad de las circunstancias ya que en los contratos se arbitraron fórmulas de ajuste en la consecución anual de los objetivos para adaptarse a las circunstancias del mercado. Estos objetivos, fijados de mutuo acuerdo, según declara probado la sentencia, en el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2008 y 31 de marzo de 2009 para captación de clientes particulares fueron significativamente inferiores a los del periodo anterior» (FD 3.º).

[69] En este sentido, véanse CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 1001-1002 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Op. cit*.

[70] De acuerdo con la STS, 1.ª, 10 de diciembre de 1990 *(RJ* 1990, 9927; MP: Pedro GONZÁLEZ POVEDA): «El evento ordinario que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos, en los contratos de tracto sucesivo, como el de 16 de agosto de 1893, tales como revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especies para garantizar al acreedor de las prestaciones pecuniarias que la cantidad a recibir no resultaría afectada por el poder adquisitivo de la moneda, no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista e imprevisible, porque si no fueron adoptados esos remedios ello solo podrá atribuirse a no haber previsto lo que puede preverse, de cuya falta de previsión se deriva la situación gravosa sobrevenida» (FD 5.º).

[71] Otro ejemplo puede verse en la SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 15 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 15588; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ), que considera que la resolución anticipada de un contrato arrendamiento de local de negocio por parte de la arrendataria no puede fundarse en la cláusula *rebus sic stantibus* y la crisis económica, entre otros motivos,

porque: «en la fecha que se celebró el contrato, año 2007, la entidad arrendataria, contaba con asesoramiento inmobiliario y jurídico especializado y, por tanto, estaba en condiciones, al menos de establecer medidas que pudieran mitigar los efectos de una posible alteración sustancial de las circunstancias, caso de producirse estas (…)» (FD 3.º).

[72] CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 1002.

[73] Para una crítica a la sentencia del caso Promedios, véanse BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Cláusula *rebus sic stantibus*. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 333/2014, de 30 de junio de 2014 *(RJ* 2014, 3526). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil,* núm. 97, 345-367 y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). El coste de la rebus. *Op. cit*.

[74] CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 1007.

[75] Un 48%, aproximadamente, entre 2007 y 2013, según datos del Instituto Nacional de Estadística de España.

[76] BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar *«rebus sic stantibus»* en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. Cit.,* 1727, quien cita las sentencias del Tribunal Supremo español en este sentido. CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 1005.

[77] Véanse la SAP Barcelona, Civil, Sec. 14.ª, 2 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 102424; MP: Esteve HOSTA SOLDEVILA), que desestima la aplicación la cláusula *rebus sic stantibus* a la cláusula penal del contrato de promesa de compraventa por la pérdida de valor del bien y la falta de financiación de la compra como consecuencia de la crisis económica. Primero, porque cuando se tenía que firmar la escritura (1 de abril de 2008) aún no se había producido la alteración extraordinaria del valor de la finca. Y, porque, la compradora por su condición de profesional del negocio inmobiliario, tendría que haber previsto antes de firmar el contrato, la evolución del valor de la finca objeto del contrato y las posibilidades de financiación bancaria de la compra. Y la SAP Lugo, Civil, Sec. 1.ª, 30 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 111419; MP: José Rafael PEDROSA LÓPEZ) que desestima la rebaja del precio del contrato de compraventa de vivienda solicitado por la compradora con base en la cláusula *rebus*. En primer lugar, afirma que «no es dudoso que el brusco giro del mercado inmobiliario pueda condicionar las respectivas posturas de las partes, pero tal circunstancia es un factor de aleatoriedad que siempre va implícito en las relaciones negociales». En segundo lugar, el comprador no prueba ninguna de las circunstancias exigidas por el TS para apreciar la aplicación de la *rebus* (FD 2.º).

[78] En el mismo sentido, en la jurisprudencia menor, véase la SAP Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 24 de junio de 2015 *(AC* 2015, 1162; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ), que desestima la aplicación de la *rebus* a un contrato de compraventa de terrenos celebrado en 2002. «La operación realizada (…) iba claramente dirigida a la edificación de los terrenos, con un claro componente especulativo, dada la situación y precios que existía en aquel momento en el sector inmobiliario, en el que a la posibilidad de una ganancia rápida y sustancial, correspondía lógicamente un riesgo elevado de que se produjera un movimiento inverso. Acaecido tal riesgo (…) no puede pretender el contratante quedar inmune mediante la aplicación de la doctrina *«rebus sic stantibus»* (FD 5.º); y la SAP Madrid, Civil, Sec. 19.ª, 18 de noviembre de 2016 *(JUR* 2016, 274275; MP: Miguel Ángel LOMBARDÍA DEL POZO), que desestima la aplicación de la *rebus* a un contrato de compraventa de fincas adquiridas en un proceso de expropiación. «La demandada (…) pretende (…) la realización de una operación lucrativa que se ve afectada por la evolución del mercado, circunstancia que en sí misma no resulta imprevisible, y del mismo modo las consecuencias económicas de esa posible variación no implican la pérdida total y absoluta, o al menos de manera sustancial, de los efectos y la finalidad económica del contrato» (FD 3.º).

[79] CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 989.

[80] Véase también las SSTS, 1.ª, 14 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 2275; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO) y 27 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7874; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) que desestiman la aplicación de la *rebus* a compraventas de fincas por frustración sobrevenida del fin contractual por inedificabilidad sobrevenida porque la parte compradora asumió el riesgo de inedificabilidad.

[81] En la jurisprudencia menor destacan la SAP Guadalajara, Civil, Sec. 1.ª, 20 de octubre de 2016 *(JUR* 2016, 274526; MP: Isabel SERRANO FRÍAS) que desestima la resolución del contrato de compraventa de unas fincas rústicas, instada por la compradora, porque la administración no había modificado con posterioridad su calificación urbanística, con base en la doctrina *rebus*. Según la SAP, la «posibilidad de futuro beneficio tiene como contrapartida —en épocas de crisis económica— la disminución del valor que no debe reputarse suceso extraordinario, imprevisto e imprevisible, sino «alea» propia del negocio, máxime cuando se trata de mercantiles (…), que no son en absoluto ajenas al mercado inmobiliario» (FD 2.º); y la SAP Girona, Civil, Sec. 1.ª, 15 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 192155; MP: Nuria LEFORT RUIZ DE AGUILAR), la cual desestima la resolución de un contrato de compraventa de terrenos para la construcción de viviendas solicitada por la parte compradora por concurrir imposibilidad sobrevenida de cumplimiento como consecuencia de la crisis económica. La sentencia citada afirma que «el proyecto sigue siendo viable, si bien la rentabilidad será menor a la prevista. Además, «el éxito o fracaso de la promoción inmobiliaria proyectada no forma parte de los riesgos del contrato de compraventa, ni el destino que el comprador pretenda dar al bien adquirido puede afectar a la validez y eficacia del contrato. En otras palabras, si la promoción hubiera sido un éxito y la apelante hubiera obtenido un beneficio mayor al previsto inicialmente, las demandadas no hubieran participado en modo alguno de esas ganancias, de tal forma que no se puede pretender que la inviabilidad del proyecto les afecte» (FD 6.º).

[82] BUSTO LAGO, J.M. (2014). Comentario a la sentencia de 8 de noviembre de 2012. Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del término esencial de la obligación de entrega. La licencia de primera ocupación integra la obligación de entrega. Inaplicación de la regla «rebus sic stantibus», *CCJC*, núm. 94, 68.

[83] En la misma línea, la STS, 1.ª, 19 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 3118; MP: Eduardo BAENA RUIZ) estima que no cabe imposibilidad sobrevenida en deudas pecuniarias como prestación principal por fallecimiento del cónyuge no contratante en accidente de tráfico, invocando caso fortuito o fuerza mayor. «La imposibilidad subjetiva que se invoca no puede calificarse de imprevisible, pues las contingencias relacionadas con la salud, bien de la parte contratante o de su núcleo familiar, con afectación a su solvencia, son previsibles, según es notorios por máximas de experiencia». Además, «las situaciones de invalidez o el fallecimiento a causa de un accidente, son inevitables, pero no sus consecuencias (…) la parte compradora, normalmente de vivienda, al pago aplazado de la adquisición, suele concertar un contrato de seguro que cubra el siniestro descrito» (FD 7.º).

[84] En la jurisprudencia anterior a la crisis económica, véanse las SSTS, 1.ª, 8 de julio de 1991 *(RJ* 1991, 5376; MP: Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE); 20 de marzo de 1997 *(RJ* 1997, 3890; MP: José ALMAGRO NOSETE); y 23 de junio de 1997 *(RJ* 1997, 5201; MP: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL). En la doctrina han defendido esta tesis, CARRASCO PERERA, A. (2017). *Derecho de contratos*. *Op. cit*., 999-1000; y BUSTO LAGO, J.M. (2013). Comentario a la sentencia de 26 abril 2013 *(RJ* 2013, 3268). Acción de resolución de compraventa inmobiliaria fundada en el incumplimiento del plazo de entrega y en la negativa de la entidad acreedora del préstamo con garantía hipotecaria de permitir la subrogación del comprador. Aplicación de la regla *«rebus sic stantibus»,* frustración de las expectativas del comprador. Sentencia de 26 de abril de 2013». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93, 591.

[85] La primera sentencia en la que el Tribunal Supremo admite la posibilidad de aplicar la regla *rebus sic stantibus* ante las dificultades de financiación del bien comprado por alteración sobrevenida de las circunstancias es la STS, 1.ª, 8 de noviembre de 2012 *(RJ* 2013, 2402; MP: Francisco Javier ORDUÑA MORENO), en particular, en un pronunciamiento *obiter dicta*. En el mismo sentido, véanse las SSTS, Pleno, 1.ª, 18 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1604; MP: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL) y 1.ª, 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1363; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).

[86] BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar *«rebus sic stantibus»* en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. cit*., 1733 critica esta jurisprudencia y afirma

que «supone atribuir los riesgos derivados de la pérdida de valor de mercado de los inmuebles objeto de contrato y del incremento de las exigencias, del rigor o de los requisitos exigidos al comprador para la concesión de la financiación por un tercero, al vendedor».

[87] Desestiman la resolución del contrato de compraventa de vivienda solicitada por los compradores con base en la doctrina *rebus* por no probar este requisito; la SAP Badajoz, Civil, Sec. 3.º, 9 de octubre de 2015 *(JUR* 2015, 247940; MP: Juana CALDERÓN MARTÍN). La entidad financiera había negado a la compradora la subrogación en el préstamo hipotecario concedido a la promotora. La SAP concluye que, el vendedor no se había obligado a la obtener la subrogación hipotecaria. Además, los compradores no probaron que su situación en el momento de la firma del contrato hubiera cambiado en el momento que tenían que concurrir a otorgar la escritura de venta; y la SAP Soria, Civil, Sec. 1.ª, 23 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 149312; MP: José Manuel SÁNCHEZ SISCART). El contrato se celebró en 2010 y los compradores no acreditaron «la situación económica del comprador, tanto al tiempo de la suscripción del contrato, como en el momento de elevación a escritura pública y consiguiente necesidad de financiación», así como tampoco «el grado real de imposibilidad de financiación y sus causas concretas, más allá de la concurrente situación de crisis económica».

[88] En relación con este requisito véanse los casos que dieron lugar al ATS, 1.ª, 2 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 19683: MP: Ignacio SANCHO GARGALLO), que inadmite el recurso de casación interpuesto por los compradores contra la SAP por falta de interés casacional. La SAP desestimó la resolución del contrato de compraventa de vivienda con base en la *rebus*, pues los compradores no acreditaron la falta de concesión de crédito bancario. La situación de precariedad de los compradores, que se encontraban sin trabajo y la desvalorización del precio producida por la crisis económica no son relevantes para la aplicación de la cláusula; y al ATS, 1.ª, Sec. 1.ª, 3 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 159286; MP: Eduardo BAENA RUIZ), que desestima el recurso de casación interpuesto por los compradores contra la SAP fundado en la infracción del artículo 1124 del Código Civil, así como de la regla *rebus sic stantibus*. El TS afirma que, en este caso, la SAP concluye que «la condición resolutoria no se cumplió en tanto que la subrogación en la hipoteca del promotor se había aprobado (y no aportaron prueba de lo contrario), es más, se les concedió otro préstamo por importe de 12.500 euros, lo que les fue comunicado (…). En consecuencia, los demandados no pueden resolver el contrato de compraventa por denegación de la subrogación en la hipoteca del promotor» (FD 3.º).

[89] Con todo, téngase en cuenta que tanto «la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como la mayoría de Audiencias Provinciales, son reticentes a estimar la resolución del contrato de compraventa por falta de entrega puntual de la cosa vendida por parte del vendedor», tal como afirma BUSTO LAGO, J.M. (2013). Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 2013 *(RJ* 2013, 3268)… *Op. cit.* 587.

[90] En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar «rebus sic stantibus» en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. cit.*, 1731.

[91] FD 3.º de la STS, 1.ª, Pleno, 17 de enero de 2013 *(RJ* 2013, 1819; MP: Francisco MARÍN CASTÁN).

[92] Ibídem.

[93] BUSTO LAGO, J.M. (2013). ¿Cabe aplicar *«rebus sic stantibus»* en un contrato de compraventa como contrato de tracto único? *Op. cit.*, 1730, también critica esta regla.

[94] LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). *Rebus sic stantibus*: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1.ª, 15 de octubre de 2014 (art. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla re*bus sic stantibus*. *InDret*, núm. 2, 11.

[95] En la jurisprudencia menor véase la SAP Sevilla, Civil, Sec. 6.ª, 15 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 225136; MP: Marcos Antonio BLANCO LEIRA) que afirma que no es aplicable al caso la cláusula *rebus sic stantibus* para fundar la resolución de un contrato de compraventa de local de negocio comprado por una sociedad mercantil ante la imposibilidad de conseguir financiación. De acuerdo con la SAP, «sin perjuicio de la dudosa aplicación al supuesto de autos» de la cláusula *rebus*, en este caso «el contrato privado es de fecha 2009, cuando la

crisis económica era ya una realidad» y, además, la compradora tenía «la condición de profesional inmobiliario (…) y de inversionista (…), llevando a cabo una operación especulativa, debiendo pues conocer y calcular los riesgos de la misma» (FD 1.º).

[96] En la misma línea, pero respecto de otro ámbito de actividad, puede verse la SAP Madrid, Civil, Sec. 10.ª, 8 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 90199; MP: María Isabel FERNÁNDEZ DEL PRADO). La sentencia se refiere a un contrato celebrado, en 2007, entre AENA y «Hotel Aeropuerto» por el que se llevó a cabo la concesión de una parcela de terreno situada en el aeropuerto de Madrid/Barajas para destinarla a la construcción y explotación comercial de un hotel. AENA demanda a la concesionaria y solicita la resolución del contrato, porque incumplió su obligación de iniciar la explotación antes de la fecha final pactada y no tenía suscrito acuerdo con ningún socio hotelero. La concesionaria formula demanda reconvencional y solicita que se declare que la resolución es contraria a derecho y equivale a un desistimiento. Una de las causas esgrimidas por «Hotel Aeropuerto» para justificar la demora de la obra son los problemas de financiación ligados a la crisis financiera. Según la SAP: «la falta de financiación, en ningún caso, es una causa que justifique el incumplimiento de las obligaciones por parte de «Hotel Aeropuerto», que debió hacer una previsión realista de sus posibilidades económicas y financieras, con carácter previo a abordar un proyecto de tal envergadura y suscribir un contrato asumiendo la ejecución del proyecto que debía ejecutar». Además, «aun cuando la crisis económica, especialmente la que afecta al sector inmobiliario, constituya un hecho notorio, no obran en autos pruebas acreditativas de que la demandada se haya visto afectada por dicha crisis» (FD 3.º).

[97] En este sentido, véase la STS, 1.ª, 16 de mayo de 2017 *(RJ* 2017, 2308; Francisco Javier ARROYO FIESTAS).

[98] Para una crítica en este sentido véanse CARRASCO PERERA, A. (2015). Reivindicación y defensa de la vieja doctrina *rebus sic santibus… Op. cit.,* 194 y sigs. y LUNA YERGA, A. y XIOL BARDAJÍ, M. (2015). Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás?… *Op. cit.*, 6.

[99] De acuerdo con el artículo 1575 del Código Civil «El arrendatario no tendrá derecho a rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada o por pérdida de frutos proveniente de casos fortuitos ordinarios; pero sí, en caso de pérdida de más de la mitad de frutos, por casos fortuitos extraordinarios e imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario. Entiéndese por casos fortuitos extraordinarios: el incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever».

[100] Puede verse como ejemplo de riesgo *in rem*, el caso que dio lugar al ATS, 1.ª, 3 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 32202); MP: Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO) sobre un arrendamiento rústico de finca afectada a las normas de protección de la Zona LIC y Red Natura.

[101] La SAP Albacete, Civil, Sec. 1.ª, 7 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 194079; MP: Cesáreo Miguel MONSALVE ARGANDOÑA) afirma que «la escasa ventura de un negocio no es un acontecimiento extraordinario e imprevisible que permita a quien lo sufre desligarse de un contrato de arrendamiento sin consecuencia alguna, sino que es un riesgo previsible o normal para todo aquel que emprende una aventura empresarial» (FD 4.º). En la misma línea, entre otras, véanse las SSAP Civil, Sec. 5.ª, Asturias, 12 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 32637; MP: José Luis CASERO ALONSO); Madrid, Civil, Sec. 20.ª, 15 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 15588; MP: Juan Vicente GUTIÉRREZ SÁNCHEZ); Granada, Civil, Sec. 1.ª, 24 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 140906; MP: Juan Francisco RUIZ-RICO RUIZ); Valencia, Civil, Sec. 7.ª, 5 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 146418; MP: Pilar CERDÁN VILLALBA); y León, Civil, 11 de diciembre de 2014 *(JUR* 2015, 49395; MP: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ).

(Trabajo recibido el 21-6-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La segunda oportunidad de las personas físicas (Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social)

The second opportunity of physical persons (Law 25/2015, of July 28, of second opportunity mechanism, reduction of financial loans and other measures of social order)

por
JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Doctor en Derecho

RESUMEN: El presente trabajo supone un esbozo del artículo 178 bis. de la Ley Concursal, relativo al beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho o mecanismo de segunda oportunidad a favor de las personas físicas insolventes. El precepto ha sido objeto de varias interpretaciones judiciales y doctrinales, posiblemente, por su rebuscada y compleja redacción.

ABSTRACT: The present work supposes an outline of article 178 bis of the Insolvency Law, regarding the benefit of exemption of the unsatisfied liability or second chance mechanism in favor of insolvent individuals. The aforesaid provision has been the object of several judicial and doctrinal interpretations, possibly due to its elaborate and elaborate wording.

PALABRAS CLAVES: Exoneración del pasivo. Mecanismo. Segunda oportunidad.

KEY WORDS: Discharge of liabilities. Mechanism. Second chance.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: ARTÍCULO 178 BIS. DE LA LEY CONCURSAL: 2.1. REQUISITOS GENERALES: *2.1.1. Requisitos subjetivos. 2.1.2. Requisitos objetivos.* 2.2. REQUISITOS FORMALES: LOS COMUNES A TODO DEUDOR: *2.2.1. La calificación del concurso: artículo 178 bis. 3.1.º de la Ley Concursal. 2.2.2. La no comisión de delitos: artículo 178 bis. 3.2.º de la Ley Concursal. 2.2.3. Que haya celebrado o intentado un acuerdo extrajudicial de pagos: artículo 178 bis. 3.3.º.* 2.3. REQUISITOS ESPECÍFICOS A CADA DEUDOR: *2.3.1. La alternativa del artículo 178 bis. 3.5.º de la Ley Concursal. 2.3.2. Extensión de la exoneración: artículo 178 bis. 5. De la Ley Concursal. 2.3.3. La ordenación de las deudas no exoneradas: artículo 178 bis. 6 de la Ley Concursal.*—III. LA REVOCACIÓN DEL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: ARTÍCULO 178 BIS. 7 DE LA LEY CONCURSAL: 3.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA. 3.2. MOTIVOS PARA SOLICITAR LA REVOCACIÓN: *3.2.1. Circunstancias que hubieran impedido la concesión del beneficio. 3.2.2. Incumplimiento de la obligación de pago. 3.2.3. Mejora en la situación económica del deudor.* 3.3. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización[1], ha introducido un nuevo título en la Ley Concursal (en adelante LC) título 10.º, artículos 231 a 242, ambos inclusive, bajo la rúbrica «El acuerdo extrajudicial de pagos» (en adelante AEP). Inicialmente, el artículo 231 establece dos mecanismos exoneratorios que pueden ser instados por deudores distintos y con presupuestos diferentes: empresario persona natural en situación de insolvencia o que no pueda cumplir sus obligaciones, podrá iniciar el acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores siempre que aporte el ba-

lance y que el pasivo no supere los cinco millones de euros; y también podrá instar el mismo acuerdo extrajudicial de pago cualquier persona jurídica, sea o no sociedad de capital (art. 231.2 de la LC). Así, como ha señalado PULGAR EZQUERRA[2] estamos ante dos mecanismos exoneratorios respecto de deudores no emprendedores, sino empresario persona física o jurídica.

Nótese que, en relación con las personas físicas el artículo 231 de la LC encuadra no solo aquellas empresas que tengan dicha condición conforme a la legislación mercantil, sino aquellas que ejerzan actividades profesionales o tenga dicha condición conforme a la legislación de la Seguridad Social, así como los trabajadores autónomos. Por tanto, estamos ante un concepto de empresario en sentido amplio comprensivo de cualquier forma de participación empresarial con independencia de su actividad. Por el contrario, el artículo 231.2 de la LC, relativo a las personas jurídicas (sociedades de capital, fundaciones y asociaciones), siempre que se encuentren en estado de insolvencia, en caso de ser declarado en concurso no revista especial complejidad (art. 190 de la LC); disponer de liquidez para satisfacer los gastos del concurso que su patrimonio y sus ingresos permitan un acuerdo extrajudicial conforme a lo dispuesto en el artículo 236.1 de la LC.

Junto a este doble mecanismo exoneratorio, la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social*[3], declara en su Exposición de Motivos «permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer». En este sentido la mencionada ley aporta una nueva redacción al artículo 178.2 de la LC e introduce otro mecanismo exoneratorio vinculado al acuerdo extrajudicial de pagos, además de incorporar un precepto de nuevo cuño, artículo 178 bis. sin perjuicio de aportar nuevas modificaciones en los artículos 231 a 242 y 242 bis. relativos al acuerdo extrajudicial de pagos[4].

Con todo estamos ante un doble sistema de exoneración del pasivo insatisfecho que responde al modelo de rehabilitación (Alemania, Austria, Portugal) en el que parece se inspiró el legislador español y que se plasmó en la Ley 25/2015, de 28 de julio. Este sistema basado en la buena fe del sujeto insolvente a través de un doble mecanismo: el primero (art. 178 bis. 3.4.º de la LC), el deudor deberá satisfacer los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, y si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 por ciento de los créditos ordinarios. Si ha intentado el acuerdo extrajudicial de pagos el deudor deberá abonar los créditos contra la mesa, los créditos privilegiados[5]; el segundo (art. 178 bis. 3. 5.º de la LC) cuando no sea posible satisfacer los anteriores créditos, pero se acepta un plan de pagos durante cinco años, pudiendo otorgarse el beneficio de todos sus créditos provisionalmente,

exento los públicos y por alimentos, los créditos contra la masa y los privilegiados[6]. Inicialmente, se consideró al primero como un proceso automático y al segundo provisional, pero CUENA CASAS[7] ha destacado otra característica que denomina «la temporización de la extinción del pasivo pendiente», que se concreta en que, si los acreedores personados y la administración concursal no se oponen al concurso estamos ante una exoneración provisional de las deudas; sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley 25/2015, ante dicho supuesto lo entiende como una exoneración automática (el primero); por el contrario, el segundo lo entiende como un modelo de exoneración provisional. Sin embargo, el artículo 178 bis. 7 de la LC, legitima a cualquier acreedor concursal para solicitar la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los cinco años siguientes a su concesión, por lo que debemos entender que estamos ante dos supuestos de exoneración provisional[8].

II. EL BENEFICIO DE LA EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: ARTÍCULO 178 BIS. DE LA LEY CONCURSAL

El artículo 178 bis. fue introducido en la LC por la *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiara y otras medidas de orden social* (en adelante LSOp)[9]. Sin embargo, el mencionado artículo 178 bis. tiene su precedente en el artículo 178.2 de la LC, que inicialmente dispuso: «En los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso». Este precepto fue modificado por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*[10], que estableció: «En los casos de conclusión del curso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme». Esta norma, que de igual modo fue modificada por la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*[11], dispuso: «La resolución judicial que declare la conclusión del concurso del deudor persona natural por liquidación de la masa activa declarará la remisión de las deudas insatisfechas, siempre que el concurso no hubiera sido declarado culpable ni condenado por delito previsto por el artículo 260 del Código Penal o por cualquier otro delito singularmente relacionado con el concurso y que hayan sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, al menos, el 25 por ciento del importe de

los créditos concursales ordinarios. Si el deudor hubiera intentado sin éxito el acuerdo extrajudicial de pagos, podrá obtener la remisión de los créditos restantes si hubieran sido satisfecho los créditos contra la masa y todos los créditos concursales privilegiados». Como ha puesto de relieve SÁNCHEZ JORDÁN[12], esta norma introduce de forma insatisfactoria en la legislación concursal el régimen de liberación del pasivo por liquidación y no por insuficiencia de la masa activa, pues la nueva reforma incluyó en el artículo 178.2 de la LC la exoneración por deudas del deudor, pero sometido a una serie de requisitos muy rigurosos que hacen pensar que no estamos ante una segunda oportunidad[13]. Por último, la LSOp modificó el repetido artículo 178.2 quedando actualmente como: «Fuera de los supuestos previstos en el artículo siguiente, en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una sentencia de condena firme»[14].

Como se puede apreciar, el vigente artículo 178.2 de la LC vuelve a su redacción originaria por la Ley 25/2015, de 28 de julio, en donde se reconoce la primacía del artículo 1911 del Código Civil. Esta regla, por otro lado, quedó excluida del precitado artículo 178.2 de la LC en la reforma de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, incorporando en su lugar el beneficio de la exoneración del pasiva insatisfecho[15]. Por tanto, se produce la vuelta a la inclusión de los créditos en listas definitivas de los acreedores que se equiparan a sentencia firmes[16]. En este sentido JIMÉNEZ PARÍS[17] señala que el artículo 178.2 de la LC los deudores persona física que no solicitan la exoneración del pasivo insatisfecho en tiempo y en forma quedan sujetos al principio de responsabilidad patrimonial (art. 1911 del Código Civil), por lo que, el artículo 178 bis. supone una excepción[18].

En principio, esto tiene su explicación. El artículo 1911 del Código Civil consagra en nuestro sistema el principio de responsabilidad patrimonial[19]. Este precepto tiene su origen histórico en nuestro Derecho de Partidas (Ley 1.ª, tít. 15.º, P. 3.ª)[20]. Se trata de garantizar el cobro de las deudas por parte de los acreedores, o que los deudores respondan con todos sus bienes, presentes y futuros. Esta norma se tomó en cuenta en la redacción originaria del artículo 178.2 de la LC al establecer los efectos de la cancelación del concurso por inexistencia de bienes y derechos. Así, cuando el concurso concluye sin la integra satisfacción de los acreedores subsiste la responsabilidad del deudor[21]. En definitiva, el artículo 178.2 de la LC vuelve a su redacción originaria en aras de mantener el mencionado principio de responsabilidad patrimonial y se proceda a modo de excepción el mecanismo de la exoneración del pasivo insatisfecho del artículo 178 bis. de la LC[22].

Con todo el artículo 178 bis. presenta las siguientes particularidades: el deudor persona natural actúa de buena de fe (art. 178 bis. párrafo 3.º, apartado 1.º a 4.º), ambos inclusive. No obstante, el artículo 178 bis. 3.5.º establece un régimen alternativo al número anterior (art. 178 bis. 3. 4.º), subordinado a cinco supuestos que deberán completarse en el supuesto de extensión de la parte no satisfecha (art. 178 bis. 5), y los no exonerados deberán ser satisfechas en los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo vencimiento posterior (art. 178 bis. 6), además de los aspectos procesales de la solicitud (art. 178 bis. 2.4.º y 6.º), concluyendo con la revocación del beneficio de exoneración (art. 178 bis. 7), salvo que transcurrido el plazo indicado y sin que se haya solicitado la revocación, el Juez a instancia del deudor declarará el concurso definitivo[23]. Sin embargo, desde mi punto de visto queda desnaturalizada la segunda oportunidad por lo dispuesto en el artículo 178 bis. 8 *in fine* «No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el párrafo primero del apartado anterior», es decir, artículo 178 bis. 7 de la LC.

2.1. Requisitos generales

Para una mejor exposición del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, hemos recurrido a tres requisitos: subjetivo, objetivo y formales, dentro de este último hemos efectuado una subdivisión en: requisitos comunes a todo deudor y los específicos a cada de deudor para concluir con las extensiones si se acoge a la alternativa del artículo 178 bis. 5 y para en el supuesto de que queden deudas no exonerados podrá el deudor acogerse al plan de pagos del artículo 178 bis. 6.

2.1.1. Requisito subjetivo

El artículo 178 bis. de la LC dedica los párrafos 1.º a 4.º, ambos inclusive, a la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De este modo está legitimado el deudor persona natural para la obtención del mencionado beneficio una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa[24]. El artículo 178 bis. 2 dispone: «El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3»; este último, establece «Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. En caso contrario, el juez dictará auto declarando la conclusión del concurso por fin de la fase de liquidación». En este sentido la SJM de Murcia de 10 de marzo de 2016

(SJM MU 438/2016), dispuso en relación con los artículos 178 bis. 2 y 152.3 «que la solicitud de concesión de la remisión del pasivo debe de efectuarse, no una vez concluido el concurso […] sino en el plazo que se concede a las partes para que formulen oposición a la conclusión, y ello tanto en el caso en el que se interese la finalización del procedimiento por liquidación como por insuficiencia de masa»; añadiendo el párrafo 3. del mencionado artículo 178 bis. el requisito del deudor de buena fe, cuya redacción ha llevado a la doctrina a considerar si estamos ante un concepto abierto[25], pues puede ser objeto de valoración de otras circunstancias, además de las regladas; o ante un concepto cerrado, que para PULGAR ESQUERRA[26] supone un concepto legal y no valorativo; por su parte CARRASCO PERERA[27] estima que el concepto de buena fe no es valorativo, sino normativo; corroborando en parte lo expuesto CUENA CASAS[28] señalando que estamos ante un requisito normativo de buena fe sin dejar margen de maniobra al Juez para valorar la conducta del deudor; para HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[29] estamos ante una concepción de buena fe en sentido objetivo siempre que concurra los requisitos que prevé los cinco ordinales del artículo 178 bis.; en cambio, GÓMEZ ASENSIO[30] escribe que estamos ante un requisito condicionado (condición *iuris et iuris);* por ultimo BASTANTE GRANELL[31] opta por una posición intermedia, pues la norma establece qué debe entenderse por deudor de buena fe, pero se puede en ocasiones valorar otras circunstancias[32].

Inicialmente la buena fe *(bona fidae)* constituye una conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento humano. En este sentido el profesor DÍEZ PICAZO[33] escribe que la buena fe «expresa la confianza o la esperanza en una actuación correcta de otro», concretándose en la lealtad y en la fidelidad de la palabra dada, pero en sentido amplio «supone un modelo de comportamiento, no formulado legalmente y de imposible formulación legal, que vive entre las creencias y en la conciencia social y al que deben ajustarse los comportamientos individuales». Sin embargo, de la redacción del artículo 178 bis. 3 último párrafo, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[34] aprecia un supuesto de buena fe en sentido objetivo, cuando dice dicho precepto: «Se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos», es decir, se concreta en los cinco ordinales de dicha norma, pero no todos los requisitos poseen relación con la buena fe, como es el caso de la alternativa del artículo 178 bis. 3. 5.º, que supone una vez el deudor haya solicitado el beneficio, si a pesar de no cumplir los requisitos del mencionado artículo 178 bis. 3 se puede calificar de deudor honesto; en este sentido CUENA CASAS[35] señala que el artículo 178 bis. 3 no son más que requisitos de buena fe, pero ninguno de ellos alude a la conducta del deudor, por ello el juez carece de margen para valorar la conducta del deudor de buena fe; en consecuencia, estamos ante un concepto normativo pero no valorativo de buena fe; por su parte SANJUÁN MUÑOZ[36] entiende que el deudor de buena fe parte de la consideración del

deudor honesto; por último BASTANTE GRANELL[37] entiende que el legislador ha proporcionado una «norma de comportamiento» y un «modelo de conducta» a través de una serie de controles y garantías que suponen la buena fe del deudor equiparándolos a los supuestos de sobreendeudamiento pasivo. Ciertamente, la LSOp no habla de sobreendeudamiento del consumidor, sino del deudor insolvente[38], pero como ha puesto de relieve PULGAR EZQUERRA[39] «el sobreendeudamiento de persona física supone una situación anterior a la insolvencia», además de la dificultad que presenta su conceptualización[40] acompañado de la falta de acuerdo en los indicadores que forman parte de dicho concepto[41], pero ello no impide la existencia de elementos comunes: aspecto subjetivo (consumidor, persona física no empresario, unidad familiar), lo que ha llevado a la profesora SÁNCHEZ JORDÁN[42] a proponer como elementos armonizadores del sobreendeudamiento los siguientes: i) el hogar como unidad de medida pertinente para cuantificar el sobreendeudamiento; ii) los compromisos financieros adquiridos, entre los que se incluyen los créditos hipotecarios, el créditos al consumo, las facturas de telefonía, de comunicación electrónica y de servicios básicos (agua, calefacción, electricidad, salud, etc.), los alquileres y los gastos comunes (alimentos, transporte, escolaridad, etc.): iii) los compromisos informales adquiridos por la familia o la comunidad; iv) la incapacidad de pago. El hogar endeudado no puede hacer frente a sus gastos corrientes, así como a aquellos vinculados a los compromisos adquiridos y los informales; v) el sobreendeudamiento estructural. Se trata de un criterio temporal destinado a cubrir los problemas financieros persistentes y continuados; vi) la insolvencia. El hogar no puede solucionar la situación financiera por medio de sus activos financieros y de otro tipo[43].

Generalmente se tiende a denominar el sobreendeudamiento del consumidor activo[44] como aquella «situación de un consumidor que ha contraído deudas excesivas y que no puede hacer frente a todas; por el contrario, las situaciones del consumidor imprevisible, adversas o sobrevenidas (muerte de un familiar, paro, o incapacidad) suponen un sobreendeudamiento pasivo[45]. Tomando en cuenta que nuestra legislación concursal no define el sobreendeudamiento[46], acudimos al modelo alemán caracterizado por su aspecto amplio y subjetivo en donde lo relevante es la insolvencia de cualquier deudor[47], en cambio, el sistema francés basado en el dato objetivo de la persona física de buena fe[48]. Por tanto, creemos que el sistema de la LSOp se corresponde con un modelo intermedio entre el alemán y el francés, este último, define en el artículo 331.1 del Código de Consumo el sobreendeudamiento como aquella «situación de las personas físicas caracterizada por la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y vencidas, así como a los compromisos de garantizar o satisfacer solidariamente la deuda de un empresario individual o de una sociedad desde que no ha sido, en derecho o de hecho, dirigente de ella».

2.1.2. Requisito objetivo

La Exposición de Motivos II de la *Ley 2/2003, de 9 de julio, Concursal*, señala: «La unidad del procedimiento impone la de su presupuesto objetivo, identificado con la insolvencia, que se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones». Así que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 231.1 y su remisión al artículo 2.1 de la LC, encontramos que el presupuesto objetivo está fundamentado en la insolvencia del deudor[49]; que, por otro lado, la Ley Concursal define en su artículo 2.2. como: «Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles». De la lectura del antedicho artículo 2, los presupuestos son: 1. La declaración del concurso por insolvencia inminente solo podrá ser declarada a instancia del deudor (arts. 2.1 y 2.3 de la LC); 2. El deudor del concurso, tanto inminente como actual, deberá aportar pruebas (arts. 2.3 y 14 de la LC); 3. La imposibilidad del deudor de cumplir con sus acreedores (art. 2.2 de la LC).

Conforme a los requisitos expuestos estamos ante un concurso por insolvencia inminente y ante un concurso por insolvencia actual, de este último sus requisitos no están tasados, sino solo indica que deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia (arts. 2.3 y 13.1 de la LC), además de un requisito accesorio que consiste en que inicialmente el pasivo no supero los cinco millones de euros. El artículo 5.2 de la LC establece la presunción *iuris tantum* de veracidad de que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido lo previsto en el artículo 2.4 de la LC, y conocido dichos hechos deberá solicitar el concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia (art. 5.1 de la LC). En el escrito de solicitud deberá declarar la insolvencia actual o si prevé como inminente (art. 6.1 de la LC). Este precepto no tiene carácter confesorio[50], sino el deudor objetivamente en su solicitud declara una situación que le otorgará el concurso si cumple los requisitos. En cambio, el concurso por insolvencia inminente definido en el artículo 2.3. apartado 2 de la LC «se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones», o como SUÁREZ-LLANOS señala «el deudor prevea que no podrá cumplir (esto es, con medios normales u ordinarios) y puntualmente (esto es, a tiempo) sus obligaciones (naturalmente, que sea en su momento exigibles)».

Este requisito permite que el deudor pueda sanear su situación futura y, con ello, evitar la liquidación anticipándose a ella; ya que, es el único conocedor de su estado de insolvencia amparándole la ley la apertura del concurso. Sin embargo, no excluye la falta de determinación legal de los elementos integrantes de la insolvencia; por ello, el artículo 6.1 de la LC, señala «que el escrito de solicitud de declaración de concurso, el deudor expresará si su estado de

insolvencia es […] inminente», debiendo acompañar la documentación que dicho precepto indica, pudiendo el Juez valorar en su conjunto la situación de insolvencia alegada por el deudor (art. 14.1 de la LC).

2.2. Requisitos formales: los comunes a todo deudor

Dentro de este epígrafe desarrollamos dos categorías denominadas: requisitos comunes a todo deudor[51] y los requisitos específicos a cada deudor, el primero encuadrados en el artículo 178 bis. 3 apartados 1.º a 4.º de la Ley Concursal; el segundo dentro del artículo 178 bis. 5 y 6 del mismo cuerpo legal.

2.2.1. La calificación del concurso: Artículo 178 bis 3. 1.º de la Ley Concursal

Dispone el artículo 178 bis. 3, apartado 1.º de la LC «que el concurso no haya sido declarado culpable. No obstante, si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el Juez podrá no obstante conceder el beneficio atendidas las circunstancias y siempre que no se apreciare dolo o culpa grave del deudor». Inicialmente el precepto transcripto dispone que el concurso no sea declarado culpable, pero a continuación establece la salvedad del artículo 165.1.1.º por la que le otorga al Juez del concurso la presunción *iuris tantum* de declarar la culpabilidad del concurso cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales o administradores no hayan solicitado la declaración del concurso[52]. En este sentido la SJM de Girona de 22 de junio de 2016 (SJM GI 2998/2016), en su FD 1.º declaró «la Sentencia Sala Primera del TS de 6 de octubre de 2011 dice: «La Ley 22/2003 sigue dos criterios para describir la causa de que el concurso deba ser calificado como culpable. Conforme a uno de ellos, previsto en el apartado 1 del artículo 164, la calificación depende de que la conducta, dolosa o gravemente culposa, del deudor o de sus representantes legales o, en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, haya producido un específico resultado externo: la generación o la agravación del estado de insolvencia del concurso. Según otro, previsto en el apartado 2 del mismo artículo, la calificación es ajena a la producción del referido resultado y está condicionada a la ejecución por el sujeto agente de alguna de las conductas descritas en la propia norma».

No obstante, los artículos 163 a 166, ambos inclusive, de la LC regulan «La calificación del concurso» que como indica la Exposición de Motivos VIII de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal «los efectos de la calificación se llevan a la esfera civil, sin transcender a lo penal ni constituir condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser calificadas de delitos». De este modo será fortuito o culpable el concurso (art. 163.1

de la LC), encargándose el artículo 164.1 de definir el concurso culpable[53] en atención a la generación o agravación del estado de insolvencia, y fortuito por exclusión, es decir, el concurso no declarado culpable[54], así mismo el artículo 164.2 establece seis supuestos en los que concurren la calificación de culpabilidad[55]. Por otro lado, el artículo 165.1 establece tres supuestos de culpabilidad salvo prueba en contrario[56] y el artículo 166 regula el cómplice como aquella persona que hubiera cooperado con el deudor, con sus representantes legales, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados que conlleve la calificación del concurso como culpable. No obstante, el artículo 178 bis. 3.1.º señala que si el concurso hubiera sido declarado culpable por aplicación del artículo 165.1.1.º el Juez podrá conceder el beneficio en atención a las circunstancias y siempre que no aprecie dolo culpa grave del deudor. En este sentido HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[57] destaca que la buena fe carece de dolo o culpa grave, pero si el deudor ha tenido una conducta culposa, pero no gravosa, el deudor podrá ser beneficiario de la exoneración. En relación con lo expuesto se ha manifestado la SJM de Palma de Mallorca de 28 de enero de 2008 *(AC* 2008, 359), cuando dice: «El concepto general se presenta en el artículo 164 al definirlo como aquel en el que la generación o agravación de la insolvencia del deudor hubiera mediado dolo o culpa grave por parte de este o de sus administradores o liquidadores de hecho o derecho. De esta forma se fija una fórmula abierta general de cierre frente al sistema de *numerus clausus* tradicional fijando un criterio de calificación de la culpabilidad ofreciendo utilidad en la interpretación de los denominados como "zonas grises u oscuras" de la aplicación de los tipos concretos de calificación».

2.2.2. La no comisión de delitos

Establece el artículo 178 bis. 3, apartado 2.º de la LC «que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme»[58]. De la lectura de dicha norma se deducen los supuestos en que el deudor persona física de buena fe queda privado de instar la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho. Concretamente los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (arts. 234 a 279 del CP); delitos de falsedad documental (arts. 390 a 399 del CP); delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (arts. 305 a 310 del CP) y los delitos contra los trabajadores (arts. 311 a 318 del CP); concluyendo el mencionado artículo 178 bis. 3.2.º *in fine* que recoge la facultad del Juez de suspender el

procedimiento concursal hasta la sentencia penal firme, de lo que resulta una prejudicialidad penal contraria a la regla general del artículo 189 de la LC, que establece «la incoación de procedimientos criminales con el concurso no provocará la suspensión de la tramitación de este», a lo que HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[59] ha señalado que el artículo 178 bis. 3.2.º supone una regla especial de prejudicialidad respecto a la general del artículo 184.1 de la LC, además la pena debe ser por sentencia firme. Por otro lado, no se alude a los supuestos del artículo 136 del CP, relativos a la cancelación de los antecedentes penales, aunque en opinión de FERNÁNDEZ SEIJO[60] puede resultar razonable defender aquellos supuestos en que una persona le han cancelado sus antecedentes pueda solicitar la remisión.

2.2.3. Que haya celebrado o intentado un acuerdo extrajudicial de pagos

El tercer requisito común para solicitar el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho está previsto en el artículo 178 bis. 3.3.º. Dice dicha norma: «Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos». En principio, podemos señalar de la dicción de la norma que el deudor solicitante de la condonación del pasivo debe intentar con carácter previo a la celebración del concurso un acuerdo extrajudicial de pagos (en adelante AEP). Salvo que el deudor con un pasivo superior a cinco millones de euros, no tiene que intentar el mencionado AEP, sino exonerar el pasivo pendiente; por otro lado, si no hubiera intentado el repetido AEP, conforme a lo dispuesto en el artículo 178 bis. 3.4.º de la LC el deudor deberá satisfacer los créditos contra la masa, los créditos concursados privilegiados y, al menos, satisfacer el 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios[61].

En todo caso el artículo 231.1 de la LC establece que podrá iniciar el AEP[62] todo deudor persona natural en situación de insolvencia actual o inminente que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Por tanto, estamos ante un requisito previo y necesario para que el deudor pueda obtener el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho. Sin embargo, el artículo 231.3 de la LC establece los supuestos de exclusión: 1. Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores de la declaración del concurso; 2. La persona que, dentro de los cinco últimos años, hubieran alcanzado un AEP con los acreedores, hubieran obtenido la homologación judicial de un acuerdo de refinanciación o hubiera sido declaradas en concurso de acreedores. Además el artículo 231.4 de la LC, dispone que no podrán acceder al AEP quienes se encuentran negociando

con sus acreedores un acuerdo de refinanciación o cuya solicitud de concurso hubiera sido admitida a trámite.

2.3. Requisitos específicos a cada deudor

2.3.1. La alternativa del artículo 178 bis. 3.5.º de la Ley Concursal

El artículo 178 bis. 3.5.º de la LC es la alternativa a lo previsto en el artículo 178 bis. 3.4.º del mismo cuerpo legal que permite al deudor de buena fe que no ha podido alcanzar el umbral de los pagos necesarios[63]. Nótese que para optar por la alternativa del artículo 178 bis. 3.5.º es necesario que el deudor haya intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, pero de no alcanzarlo tiene que satisfacer al menos el 25 por ciento de los créditos ordinarios y someterse a un plan de pagos[64]. La alternativa del referido artículo 178 bis. 3.5.º de la LC supone para los deudores obtener el beneficio de la remisión por deudas si se cumple los requisitos siguientes: i) Acepte someterse al plan de pagos previsto en el apartado 6.: la aceptación de un plan de pago supone que el deudor presentará una propuesta de pago de todas sus deudas que no hayan sido exoneradas, que deberán ser satisfechas dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso. Dichas deudas no devengaran interés. La propuesta será oída por las demás partes en plazo de diez días, y concluido dicho plazo el Juez procederá a su aprobación[65]; ii) No haya incumplido las obligaciones de colaboración establecidas en el artículo 42.: la remisión al artículo 42 que hace el apartado transcrito está referido al deber de colaboración impuesto por ley como instrumento para el adecuado desarrollo del concurso[66]. Como deber de colaboración podemos citar los documentos que deberá acompañar a la solicitud del concurso, y de ahí derivan los de comparecer personalmente ante el Juzgado de lo Mercantil y la administración concursal cuantas veces sea requerido, colaborar e informar en todo lo necesario o conveniente en interés del concurso[67]; iii) No haya obtenido este beneficio dentro de los diez últimos años: casi se puede decir que de su redacción resulta clara y meridiana. Sin embargo, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[68] plantea el problema del cómputo de los diez años: en primer lugar cabe establecer como cómputo a contar desde la solicitud; la segunda sería aquella en donde los diez años se toma desde la declaración del concurso; la primera atiende al criterio de la voluntad; por el contrario, la segunda a favor del criterio de la administración concursal. En su opinión sería el primero, es decir, la fecha de presentación de la solicitud; en cambio, CUENA CASAS[69] señala que el cómputo de los diez años se produce desde la exoneración provisional o con la definitiva, estimando más acertado el criterio de la declaración del concurso; iv) No haya rechazado dentro de los cuatro años anteriores a la declaración del concurso una oferta adecuada a su capacidad: desde el punto de vista del deudor

de buena fe, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[70] entiende que el «legislador está pensando en un deudor que rechace cualquier oferta de empleo», tanto si está relacionado con su titulación como si está relacionada con su capacidad. Por su parte FERNÁNDEZ SEIJO[71] señala que estamos ante un «instrumento para medir la buena o mala fe del deudor» que opera como excepción necesaria ante la oferta de empleo; v) Acepte de forma expresa, en la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho, que la obtención de este beneficio se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de cinco años […]: de la redacción del precepto se deduce la aceptación expresa por parte del concursado en el Registro Público Concursal, por cinco años (art. 198 de la LC, desarrollado por Real Decreto 892/2013), teniendo acceso toda persona con interés legítimo en averiguar la situación del deudor, cuyo interés será apreciado por el encargado del Registro, además de la Administración Pública y órganos jurisdiccionales habilitados legalmente para recabar la información necesaria[72].

2.3.2. Extensión de la exoneración: Artículo 178 bis. 5 de la Ley Concursal

El artículo 178 bis. 5 de la LC establece la extensión de los créditos del beneficio de la exoneración el pasivo insatisfecho concedido al deudor, cuando este no haya intentado con carácter previo el AEP y quede sujeto a un plan de pagos[73]. Así, dicha extensión comprende los créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso, salvo los créditos públicos y por alimentos (art. 178 bis. 5.1.º de la LC), en cuanto a los créditos con privilegios especial (art. 90.1 de la LC), cuya parte no haya sido satisfecha con la ejecución quedará exonerado, salvo que quede incluido en algunas categorías de los créditos ordinarios o subordinados (art. 178 bis. 5.2.º de la LC).

Los acreedores cuyos créditos se extingan no podrán iniciar ningún tipo de acción dirigida frente al deudor para el cobro de los mismos, salvo que hubiese formulado oposición en la fase del procedimiento concursal. Por el contrario, «quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese con aquel, salvo que se revocase la exoneración concedida» artículo 178 bis. 5 apartado 3.º de la LC, que SERRANO NICOLÁS y SÁNCHEZ GARCÍA[74] sostienen que la expresión «quedan a salvo» opera cuando el deudor se acoge al artículo 178 bis. 3.5.º, en cambio, no es aplicable en el supuesto del 179 bis. 3.4.º, porque el fiador puede invocar el artículo 1847 del Código Civil. Por el contrario, CUENA CASAS[75] escribe que sí podrán acudir frente a los obligados solidarios con el concursado y frente a sus fiadores y avalistas, lo que no queda claro —añade— es qué sucede con la

acción de reembolso (art. 1838 del Código Civil) que le corresponde al fiador contra el deudor una vez cumplida la prestación.

El artículo 178 bis. 5 último párrafo, dispone: «Si el concursado tuviere un régimen económico matrimonial de gananciales u otro de comunidad y no se hubiere procedido a la liquidación de dicho régimen, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho se extenderá al cónyuge del concursado, aunque no hubiera sido declarado su propio concurso, respecto de las deudas anteriores a la declaración de concurso de las que debiera responder el patrimonio común». Este precepto regula la extensión del régimen económico matrimonial, norma que puesta en relación con el artículo 77.1 de la LC, relativo a los bienes conyugales, donde la masa activa comprende los bienes y derechos propios o privativos. Nótese que el mencionado artículo 77.1 distingue entre bienes y derechos propios y privativos, lo que conlleva a su vez la distinción del régimen económico matrimonial. El artículo 77.2 de la LC prevé: «Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado […]». Por otro lado, el artículo 49.2 de la LC, la masa pasiva lo integraran los créditos contra el cónyuge del concursado, que sean, además créditos de responsabilidad de la sociedad o comunidad conyugal. Esta norma es una consecuencia del artículo 1373 del Código Civil que establece la responsabilidad subsidiaria del patrimonio ganancial[76].

El repetido artículo 77.1 de la LC no autoriza por sí la disolución del régimen económico matrimonial, sino cuando los bienes gananciales o comunes respondan de las obligaciones del consumidor[77]; así que, dicho precepto puesto en relación con el artículo 1393 (causas de disolución de la sociedad de gananciales), concretamente la regla 1.ª señala que puede ser instado por el otro cónyuge cuando haya sido declarado en «concurso de acreedores». Sin embargo, el artículo 77.2 último párrafo, dispone: «En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Subraya CUENA CASAS[78] el carácter de la coordinación de la liquidación, aunque la norma no expresa cuándo ha de efectuarse la liquidación, pero se puede efectuar en cualquier fase del procedimiento concursal, aunque CUENA CASAS[79] se decanta por una fase previa.

2.3.3. La ordenación de las deudas no exoneradas: Artículo 178 bis. 6 de la Ley Concursal

El artículo 178 bis. 6 de la LC dispone: «Las deudas que no queden exoneradas conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, deberán ser satisfechas por

el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior. Durante los cinco años siguientes a la conclusión del concurso las deudas pendientes no podrán devengar interés.

A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las parte por plazo de 10 días, será aprobado por el juez en los términos en que hubiera sido presentado o con las modificaciones que estime oportunas».

En el epígrafe anterior hemos vistos que el artículo 178 bis. 5 regula la extensión de los créditos insatisfechos, en el presente epígrafe el artículo 178 bis. 6 comprende aquellas deudas que no quedaron exoneradas por no haberse satisfecho en el momento de producirse la conclusión del concurso en aplicación de la alternativa del 178 bis. 3.5.º que deberán ser satisfechas por el concursado en plazo de cinco años, mediante la presentación de un plan de pagos que incluirá los crédito ordinarios y subordinados, salvo los créditos públicos y por alimentos. Una vez concluida dicha propuesta, será sometida a las partes personadas dentro de los diez días y posteriormente será aprobada por el Juez en los términos que ha sido presentada o, en su caso, modificada[80].

III. LA REVOCACIÓN DEL BENEFICIO DE EXONERACIÓN DEL PASIVO INSATISFECHO: ARTÍCULO 178 BIS 7 DE LA LEY CONCURSAL

3.1. Legitimación activa

El artículo 178 bis. 7 de la LC según la redacción dada por la Ley 25/2015, de 28 de julio[81], regula los supuestos que pueden llevar a la revocación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. Esta norma que inicialmente mejora la sistemática no por ello desnaturaliza la condonación del pasivo[82]. El nuevo precepto otorga la legitimación activa para promover la revocación a cualquier acreedor, con independencia de si el crédito ha sido o no exonerado[83]. Por otro lado el Juez concursal no puede iniciarlo de oficio. Sin embargo, el artículo 3 de la LC prevé que están legitimados para solicitar el concurso el deudor, cualquiera de los acreedores y el mediador concursal, por lo que a primera vista el legislador sigue la misma sistemática, sin embargo, en el caso de la revocación está sometida a un plazo de caducidad[84] de cinco años siguientes a la concesión del concurso. Por tanto, creemos como ha puesto de relieve SÁNCHEZ JORDÁN[85] no estamos ante un sistema de liberación directa, sino ante un sistema de exoneración condicionado. Ciertamente, el mismo precepto que otorga la legitimación a los acreedores establece los supuestos en el que puede incurrir el deudor: existencias de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos[86]. Esta causa supuso uno de los cinco supuestos que el legislador incorporó en el Real Decreto-ley 1/2015, pero que la nueva regulación, artículo 178 bis. 7 de la LC, mantiene dicha causa, pero se modifica su ubicación sin añadir contenido[87]. No

obstante, dichos supuestos no solo opera como motivo de exoneración provisional, sino también de exoneración definitiva[88]. En todo caso, desde mi punto de vista de producirse dichos supuestos se desvirtuaría el requisito esencial de la buena fe del concursado, exceptuando de esta previsión los bienes inembargables conforme a lo dispuesto en los artículos 605 y 606 de la LC.

3.2. Motivos para solicitar la revocación

La redacción del derogado artículo 178.7 del Real Decreto-ley 1/2015, disponía: «Cualquier acreedor concursal estará legitimado para solicitar del Juez del concurso la revocación del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho cuando el deudor, durante los cinco años siguientes a su concesión: a) Incurriese en alguna de las circunstancias que conforme a lo establecido en el apartado 3 hubiera impedido la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho; b) En su caso, incumpliese la obligación de pago de las deudas no exonerada conforme a lo dispuesto en el plan de pago; c) Mejorar sustancialmente la situación económica del deudor de manera que pudiera pagar todos las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos; d) Se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos.

La nueva redacción del artículo 178 bis. 7 de la LC, según la Ley 25/2015, parte del mismo supuesto de hecho, pero incorpora el apartado d) al precepto de lo que, a primera vista, parece un requisito general para obtener la revocación añadiendo la salvedad de los bienes inembargables de los artículos 605 y 606 de la LEC. Concluye la norma vigente «También podrá solicitarse la revocación si durante el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pago», añadiendo tres supuestos vinculados a la buena fe del deudor concursal[89] que pasamos a analizar en los epígrafes siguientes.

3.2.1. Circunstancia que hubieran impedido la concesión del beneficio

El artículo 178 bis. 7 a) hace una remisión al artículo 178 bis. 3, ambos de la LC, a los efectos de si el deudor incurre en alguna de las circunstancias que impide la concesión del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. De lo expuesto deducimos la existencia de dos supuestos de exoneración del pasivo: primero el artículo 178 bis. 3.4.º donde el deudor deberá satisfacer los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados, y si no ha intentado celebrar un previo AEP, deberá al menos satisfacer el 25 por ciento de los créditos ordinarios[90]. Es, por tanto, beneficiario de la exoneración provisional sometida a revocación, SSJM de San Sebastián de 8 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 5522); de Palma de Mallorca de 23 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 11881);

de Logroño de 25 de febrero de 2016 (JUR2016, 6093). Sin embargo, la SAP de Pontevedra de 25 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 29419), dispuso «que el intento del AEP es condición ineludible para que el deudor pueda ser considerado de buena fe a los efectos de la concesión del beneficio de exoneración del pasivo»[91]. Desde mi punto de vista apreciamos una contradicción, pues el artículo 178 bis. 3.3.º establece que reuniendo los requisitos del artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentando celebrar el AEP; en cambio, el artículo 178 bis. 3.4.º habla si no hubiera intentado un AEP previo, por lo que creemos que, en efecto, el criterio de los juzgados de instancias es acertado. Por tanto, cuando el deudor haya abonado íntegramente los créditos contra la masa, los créditos privilegiados y, al menos, el 25 por ciento de los ordinarios, solo se puede revocar el beneficio por algunas de las circunstancias previstas en los ordinales 1.º a 4.º del artículo 178 bis. El segundo supuesto, es el previsto en el artículo 178 bis. 3.5.º de la LC, que CARRASCO PERERA[92] ha señalado que «el concepto de buena fe no es valorativo, sino normativo, pues la buena fe se declara cuando y solo si se ha cumplido las condiciones materiales del artículo 178 bis. 3 o que, no habiéndose cumplido el núm. 4, de dicha precepto, se cumplirán las condiciones del segundo nivel establecidas en el 178 bis. 3.5.º». Ciertamente, cuando el deudor no reúne los requisitos del artículo 231 de la LC, deberá satisfacer el 25 por ciento del pasivo ordinario y se somete a un plan de pagos. Por tanto, al igual que el anterior está sometido a la revocación dentro de los cinco años siguientes a su concesión y se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos. En consecuencia, todas las causas de la revocación del 178 bis. 7 de la LC son aplicables a lo dispuestos al artículo 178 bis. 3.5.º del mismo cuerpo legal[93].

3.2.2. Incumplimiento de la obligación de pago

El segundo requisito consiste en el incumplimiento de las obligaciones de pago de las deudas no exoneradas conforme a lo dispuesto en el plan de pago (art. 178 bis. 7 b). Esta norma se remite a los artículos 178 bis. 3.5.º y 178 bis. 6. El primero supone la extensión de las deudas no satisfechas (créditos ordinarios y subordinados, los privilegiados, añadiendo la salvedad de los acreedores frente a las obligaciones solidarias, fiadores o avalistas, además se extiende al régimen económico matrimonial, aunque no hubiera sido declarado). El segundo, las deudas anteriores que no han sido satisfechas deberán ser abonadas por el concursado dentro de los cinco años siguientes a la conclusión del concurso, salvo que tuvieran un vencimiento posterior[94]. Durante el plazo indicado las deudas pendientes no devengaran intereses (art. 178 bis. 6 párrafo 1.º de la LC), añadiendo el párrafo 2.º del mismo artículo 178 bis. b, «A tal efecto, el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos que, oídas las partes por plazo de 10 días, será aprobado por el Juez en los términos en que hubiera

sido presentado o con las modificaciones que estime oportuna». Como puede apreciarse el incumplimiento imputable al concursado lleva aparejada la revocación directa; sin embargo, BASTANTE GRANELL[95] estima que el mencionado incumplimiento si es ajeno al deudor, por ejemplo, reducción de ingresos por enfermedad o la perdida de trabajo, puede ser causa de modificación del plan de pagos. Por su parte CUENA CASAS[96] observa un posible incumplimiento por incapacidad patrimonial y sin cumplir lo previsto en el artículo 178 bis. 8 de la LC llevará al Juez a aceptar la revocación, pero el referido precepto (art. 178 bis. 8) concede al Juez previa audiencia de los acreedores que hayan solicitado la revocación la posibilidad de mantener el beneficio y desestimar la revocación cuando el deudor alegue que pese al incumplimiento de los pagos está aplicando al cumplimiento del plan al menos el 50% de sus ingresos durante el plazo de cinco años o la cuarta parte de dichos ingresos conforme al artículo 3-1.º letra a) y b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo[97], y sin tomar en consideración los bienes inembargables[98].

3.2.3. Mejora en la situación económica del deudor

El tercer supuesto que pueden invocar los acreedores a los efectos de revocar el concurso, según dispone el artículo 178 bis. 7 c), es cuando: «mejorase sustancialmente la situación económica del deudor por causa de herencia, legado o donación; o juego de suerte, envite o azar, de manera que pudiera pagar todas las deudas pendientes sin detrimento de sus obligaciones de alimentos». Este precepto tiene su precedente en el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, que coincide plenamente salvo que la vigente norma destaca las causas que puede mejorar la situación económica del concursado. En opinión de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ[99] el legislador hace hincapié en el calificativo «sustancial» como fundamento que permite pagar todas las deudas pendientes. Por su parte FERNÁNDEZ SEIJO[100] escribe que los supuestos en que el deudor haya venido a mejor fortuna debe ser posterior y sustancial, además de ser valorado por el juez, pues si no cubre todas la deudas no cabe estimar la revocación; sin embargo, BASTANTE GRANELL[101], no considera adecuada la redacción vigente, porque la mejora de la economía del deudor puede ser por otras causas no señalas y, por tanto, no prosperaría la revocación. En todo caso, la nueva redacción del artículo 178 bis. 7 c) de la LC presenta algunos despropósitos que el Real Decreto-ley 1/2015, ya regulaba[102], pues el deudor que es condonado el pasivo provisionalmente dicha situación es sometida a revocación si en plazo de cinco años mejora sustancialmente su situación económica, aunque el repetido artículo 178 bis. 7 c) modifique su redacción en relación con su propuesta inicial del Real Decreto-ley 1/2015, queda desnaturalizada la exoneración del pasivo insatisfecho.

3.3. Efectos de la revocación

El artículo 178 bis. 7 *in fine* establece que «[…] En caso de que el Juez acuerde la revocación del beneficio, los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor para hacer efectivos los créditos no satisfechos a la conclusión del concurso». Así, tanto si el beneficio ha sido concedido por lo previsto en el artículo 178 bis. 3.4.º de la LC, como si está sometido a lo dispuesto en el artículo 178 bis. 3.5.º del mismo cuerpo legal, si el Juez acuerda la revocación del beneficio no solo los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones, sino podrán iniciar ejecuciones singulares que se equiparan a una sentencia de condena firme (art. 178.2 de la LC)[103]. En consecuencia, el deudor responde frente a la totalidad del pasivo no satisfecho a la fecha en que ha sido dictada la sentencia que acepta la revocación del concurso; y, por tanto, quedan los acreedores en plenitud de las acciones legales para recuperar los créditos pendientes más los intereses. Se restablece el principio de responsabilidad universal, artículo 1911 del Código Civil y 178.2 de la LC, pero ello no impide que pueda posteriormente solicitar la reapertura[104] del concurso a instancia del deudor, siempre que haya transcurrido diez años de la concesión del beneficio por el mecanismo del artículo 178 bis. 3.5.º de la LC. Por el contrario, ante el beneficio del ordinal 4.º del artículo 178 bis. 3 de la LC, creemos que puede solicitar una nueva exoneración del pasivo insatisfecho.

Sin perjuicio de la expuesto, el artículo 178 bis. 8.1. dispone: «Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento del plan de pagos sin que se haya revocado el beneficio, el Juez del concurso, a petición del deudor concursado, dictará auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso», concluyendo el mencionado artículo 178 bis. 8 último párrafo, «[…] No obstante, la exoneración definitiva podrá revocarse cuando concurra la causa prevista en el párrafo primero del apartado anterior», es decir, durante los cinco años siguientes a la concesión del beneficio de la exoneración definitiva, si se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos se podrá instar de nuevo la revocación[105].

Sin embargo, ante el vacío legal en relación con la sentencia que acepta la revocación nos planteamos si estamos ante un efecto constitutivo o declarativo, si se trata de este último, declarativo, los efectos son *ex tunc*, esto es, desde la fecha en que se declaró el concurso y, en consecuencia, las deudas e intereses se retrotraen a la fecha del beneficio. En cambio, si es constitutivo el efecto es *ex nunc*, es decir, desde que se dictó la sentencia revocatoria. Esta última es la opción más acertada y estimada más correcta[106].

Una de las cuestiones no regulada en la Ley Concursal es aquella en que el deudor fallece antes de los cinco años que la ley le otorga el beneficio provisional e inclusive posteriormente a dicho plazo. Ante dicho supuesto los herederos del concursado asumen la posición del causante, es decir, los herederos se subrogan

en la posición jurídica del causante (art. 661 del Código Civil), pero hemos de tener en cuenta que dichos herederos han de aceptar la herencia y esta será pura y simple o a beneficio de inventario, artículos 1003 y 1010 del Código Civil si aceptan pura y simple los herederos suceden al difunto en la propiedad y derechos de que era titular, salvo los personalísimos que se extinguen con la muerte *(ultra vires hereditatis)*. En el supuesto de aceptar a beneficio de inventario, los herederos ven limitada su responsabilidad por las deudas del causante hasta el importe de los bienes heredados *(intra vires hereditatis)*. Lo importe a tener en cuenta sobre la aceptación beneficiaria son sus requisitos, pues los herederos deben manifestar su voluntad ante Notario o Juez (art. 1011 y 1012 del Código Civil) dentro de los diez días siguientes al que supiera ser tal heredero, así como si reside en el mismo lugar desde el fallecimiento del causante; si reside fuera, el plazo es de treinta días (arts. 1014, 1015 y 1016 del Código Civil). Además deberán los herederos efectuar un inventario fiel y exacto de todos los bienes de la herencia (art. 1013 del Código Civil)[107].

CONCLUSIONES

I. La *Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*, incorporó a nuestro ordenamiento concursal el llamado «sistema de rehabilitación», a través del artículo 178 bis. bajo la rúbrica «Beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho». Esta norma configura el beneficio exoneratorio a través de la solicitud del deudor de buena fe una vez concluido el concurso por liquidación o insuficiencia de la masa.

II. El artículo 178 bis. establece un doble mecanismo para obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho: a) el deudor de buena fe deberá satisfacer los créditos contra la masa y los privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, al menos, el 25 por ciento de los créditos ordinarios (art. 178 bis. 3.1.º, 2.º, 3.º y 4.º de la LC); b) alternativamente, si no ha celebrado o intentado un acuerdo extrajudicial de pagos el deudor deberá presentar una propuesta de plan de pagos (art. 178 bis. 6.2 de la LC), además de haber satisfecho el 25 por ciento de los créditos ordinarios. En este supuesto (art. 178 bis. 3.5.º de la LC) los créditos se extiende a la parte insatisfecha prevista en el artículo 178 bis. 5.1.º y 2.º de la LC (créditos ordinarios, subordinados y privilegiados), quedando a salvo los derechos de los acreedores frente a las obligaciones solidarias, fiadores y avalista; de igual modo se extiende a los bienes del régimen económico matrimonial, si no hubiera liquidado dicho régimen antes de la declaración del concurso.

III. El artículo 178 bis 7 de la LC otorga a los acreedores del concurso la legitimación para solicitar la revocación del beneficio dentro de los cinco

años siguientes a su concesión ante la existencia de ingresos, bienes o derechos ocultos. Sin perjuicio de los supuestos previstos en el artículo 178 bis. 7.1.º a), b) y c) de la LC. Si se acuerda la revocación los acreedores recuperan la plenitud de sus acciones frente al deudor (art. 1911 del Código Civil y 178.2 de la LC).

IV. El artículo 178 bis. 8 de la LC establece que transcurrido cinco años de la aprobación del plan de pagos sin que se haya revocado, el deudor podrá solicitar la declaración definitiva del concurso. De igual modo podrá solicitar la exoneración definitiva previa audiencia de los acreedores, el deudor que no hubiera cumplido en su totalidad el plan de pagos, pero ha destinado la mitad de los ingresos percibidos en los cinco años desde la concesión del beneficio o la cuarta parte de dichos ingresos cuando concurra lo dispuesto en el artículo 3.1 a) y b) del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo. Contra el auto de la exoneración definitiva cabe la revocación en los supuestos previstos en el artículo 178 bis. 7. 1.º a), b) y c).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VEGA, M.ª I. (2010). *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente,* 1.ª edición, Pamplona: Civitas Thomson-Reuters.

ARROYO MARTÍNEZ I. y MORRAL SOLDEVILLA, R. (2014). Consideraciones críticas sobre el acuerdo extrajudicial de pagos y las reformas de la Ley Concursal, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán,* coord. por Ángel Rojo Fernández-Río y Ana Belén Campuzano Laguillo, vol. 1.º, Valencia: Tirant lo Blanch.

BASTANTE GRANELL, V. (2016). *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad. Origen, fundamento y significado*. Granada: Editorial Comares.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2005). El presupuesto subjetivo del concurso. En particular, el problema del sobreendeudamiento de los consumidores, *Las claves de la Ley Concursal,* dirigidos por José A. García-Cruce González *et al,* Pamplona: Editorial Aranzadi.

BERROCAL LANZAROT, A. I. (2014). La Ley de apoyo a los emprendedores. El concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos, *Cuadernos de Derecho y Comercio,* 61: 59-106.

CABANAS TREJO, R. (2015). El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero), *Diario La Ley* núm. 8505*,* de 23 de marzo de 2015, 1-15.

CARRASCO PERERA, A. (2015). El mecanismo de «segunda oportunidad» para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 13/2015, disponible: http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco. 1-9.

COLINO MEDIAVILLA, J. L. (2015). Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015, *Revista de ciencias jurídicas y sociales,* vol. 18, 1:245-263.

CUENA CASAS, M. (2009). El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar,* coord. por

Matilde Cuena Casas y José Luis Colino Mediavilla, 1.ª edición, Pamplona: Civitas Thomson-Reuters.

— (2014). Reforma de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 17/2016, disponible en http://revista.uclm.es/index.php/cesco, 1-9.

— (2015). ¿Un régimen de segunda oportunidad?, disponible en: http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-por…, 1-8.

— (2015). La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* 55: 461-518.

— (2016). La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 25/2016, 25:1-33.

— (2016). La exoneración del pasivo insatisfecho, *Comentarios a la Ley de mecanismo de segunda oportunidad,* coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters.

DE LA CUESTA RUTE, J. M. (2009). Persona física y consumidor, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar,* coord. por Matilde Cuena Casas y José Luis Colino Mediavilla, 1.ª edición, Pamplona: Civitas Thomson-Reuters.

DICTAMEN DEL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social,* disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014AEO791&print=true.

DÍEZ-PICAZO, L. (1988). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias,* vol. 1.º, 2.ª edición, 2.ª reimpresión, Madrid: Editorial Tecnos.

DOMÍNGUEZ CABRERA, M.ª P. (2012). La posición jurídica del consumidor insolvente, *Anuario de Derecho Concursal,* 25: 95-146.

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M. (2015). *La reestructuración de las deudas en la Ley de segunda oportunidad,* Barcelona: Editorial Bosch.

— (2015). Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad, *Diario La Ley* núm. 8500, de 13 de marzo de 2015, 1-15.

GARCÍA RODRÍGUEZ, J.M. (2015). *El sobreendeudamiento de las personas físicas y familias,* 1.ª edición, Barcelona: Editorial Bosch.

GARRIDO, J. M.ª (2014). Informe del banco mundial sobre el tratamiento de la insolvencia de las personas naturales, *Anuario de Derecho Concursal,* 31: 1-120.

GÓMEZ ASENSIO, C. (2015). Real Decreto-ley 1/2015 y mecanismo de segunda oportunidad: una paradójica reforma, *Diario La Ley* núm. 8514, de 8 de abril de 2015, 1-9.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2009). *El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso,* 1.ª edición, Editorial Aranzadi.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.ª DEL M. (2015). *La segunda oportunidad: Superación de las crisis de insolvencia,* 2.ª edición, Madrid: Lefebvre-El Derecho.

JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 750: 2365-2384.

— (2016). La exoneración de pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 756: 2318-2341.

MARTÍN FABA, J. M. (2016). ¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 17/2016, disponible en http://revista.uclm.es/index.php/cesco. 1-38.

— (2016). El mecanismo de segunda oportunidad: estado de la cuestión en la jurisprudencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 17/2016, disponible en http://revista.uclm.es/index.php/cesco.

MIRANDA SERRANO, L.M. (2014). ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *Diario La Ley* núm. 8276, de 21 de marzo de 2014, 1-19.

PRATS ALBENTOSA, L. (2016). El acuerdo extrajudicial de pagos, *Comentarios a la Ley de mecanismo de segunda oportunidad,* coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 1.ª edición, Pamplona: Thomsosn Teuters.

PULGAR EZQUERRA, J. (2009). El presupuesto objetivo de la prevención y tratamiento de las crisis económicas de los consumidores, *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar,* coord. por Matilde Cuena Casas y José Luis Colino Mediavilla, 1.ª edición, Pamplona: Civitas Thomson-Reuters.

— (2012-2013). El sobreendeudamiento de la persona física, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* 53: 383-424.

— (2015). Acuerdo extrajudicial de pagos, PYMES y mecanismo de segunda oportunidad (1), *Diario La Ley* núm. 8538, de 13 de mayo de 2015, 1-17.

— (2015). Ley de emprendedores y segunda oportunidad, disponible en http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51?id=3517:ley-de-emprended…, 1-9.

RUBIO VICENTE, P. J. (2016). Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida en la Ley Concursal (1), *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 24/2016, 24: 1-39.

SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E. (2016). *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado. En especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda,* Pamplona: Editorial Aranzadi.

SANJUÁN y MUÑOZ, E. (2015). El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad, *Presente y futuro del mercando hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios,* dirigidos por Miguel Olmedo Cordenete e Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, 1.ª edición, Pamplona: Editorial Aranzadi.

SENENT MARTÍNEZ, S. (2015). El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 23/2015, 23: 1-16.

SERRANO GÓMEZ, E., ANGUITA VILLANUEVA, L.A. y ORTEGA DOMÉNECH, J. (2010). Sistema de tratamiento de la insolvencia de la persona física, *Familia y concurso de acreedores,* coord. por Matilde Cuena Casas, 1.ª edición, Pamplona: Civitas Thomson-Reuters.

SERRANO DE NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J.M. (2017). La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 178 bis del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción financiera y otras medidas de orden social, *v/lex,* disponible en https://app.vlex.com/#vid/570909835/fromCheckout, 1-11.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. (2005). El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia, *Las claves de la Ley Concursal,* dirigidos por José A. García-Cruce González *et al,* Pamplona: Editorial Aranzadi.

TOMÁS y TOMAS, S. (2016). El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, de 28 de julio, *Revista Aranzadi Doctrinal,* 4: 1-13.

TRUJILLO DÍEZ, I. J. (2003). *El sobreendeudamiento de los consumidores,* Granada: Editorial Comares.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- Auto del JM núm. 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 (AJM B 53, 2016)
- Auto del JM núm. 10 de Barcelona de 15 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 128116)

- Sentencia del JM de Palma de Mallorca de 28 de enero de 2008 *(AC* 2008, 359)
- Sentencia del JM de San Sebastián de 8 de septiembre de 2015 *(JUR* 2016, 5522)
- Sentencia del JM de Palma de Mallorca de 23 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 11881)
- Sentencia del JM de Logroño de 25 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 6093)
- Sentencia del JM de Barcelona de 2 de febrero de 2016 (SJM B 1119, 2016)
- Sentencia del JM de Barcelona de 2 de marzo de 2016 (SJM B 1118, 2016)
- Sentencia del JM de Barcelona de 2 de marzo de 2016 (SJM B 1130, 2016)
- Sentencia del JM de Palma de Mallorca de 3 de marzo de 2016 (SJM IB 200, 2016)
- Sentencia del JM de Barcelona de 7 de marzo de 2016 (SJM B 1131, 2016)
- Sentencia del JM de Murcia de 10 de marzo de 2016 (SJM MU 438, 2016)
- Sentencia del JM de Barcelona de 13 de abril de 2016 (SP/AUTRJ 854744)
- Sentencia del JM de Palma de Mallorca de 17 de marzo de 2016 *(JUR* 2016, 71267)
- Sentencia del JM de Zaragoza de 5 de mayo de 2016 (SJM Z 2746, 2016)
- Sentencia del JM de Girona de 22 de junio de 2016 (SJM GI 2998, 2016)
- Sentencia del JM de Murcia de 7 de julio de 2016 (SJM MU 3190, 2016)
- Sentencia del JM de Murcia de 18 de julio de 2016 (SJM MU 3195, 2016)
- Sentencia del JM de Murcia de 21 de julio de 2016 (SJM MU 3198, 2016)
- Sentencia del JM de Barcelona de 3 de noviembre de 2016 (SJM B 4407, 2016)
- Sentencia del JM de Gijón de 10 de noviembre de 2016 (SJM O 4534, 2016)
- Sentencia del JM de Zaragoza de 15 de noviembre de 2016 (SJM Z 4539, 2016)

- Sentencia del JM de Valladolid de 15 de noviembre de 2016 (SJM VA 4819, 2016)

- SAP de Madrid de 9 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 209004)
- SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2013 *(AC* 2013, 471)
- SAP de Lleida de 10 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 156452)
- SAP de Pontevedra de 25 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 29419)
- SAP de Logroño de 29 de julio de 2016 (SAO LO 201, 2016)

NOTAS

[1] *BOE* núm. 233, de 28 de septiembre.

[2] (2017): Ley de emprendedores y segunda oportunidad, *El notario del siglo XXI,* 1-2, disponible en www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-51?d=3517:ley-de-emprendedición… (fecha de consulta 12 de febrero de 2017).

[3] *BOE* núm. 180, de 29 de julio, fue el resultado de la convalidación del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de igual título, BOE núm. 51, de 28 de febrero; COLINO MEDIAVILLA, J.L. (2015): Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015, *Revista de ciencias jurídicas y sociales,* 246, también se usa «exoneración de deuda restantes», «*discharge*» o «*fresh start*», pero resulta más conveniente «exoneración del pasivo insatisfecho».

[4] *Vid*. CUENA CASAS, M. (2015): ¿Un régimen de segunda oportunidad?, *El notario del siglo XXI,* disponible en www.elnotario.es/index.php/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-opor… (fecha de consulta 13 de febrero de 2017), 2-3.

[5] *Vid*. CUENA CASAS, (2016): La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* 6; SJM de Barcelona de 2 de febrero de 2016 (SJM B 1119/2016), estableció que «existen dos supuestos de exoneración: el primera del artículo 178 bis. 3 párrafo 4.º que tiene naturaleza de exoneración total, aunque sometida el plazo de revocación, y el supuesto del artículo 178 bis 3 párrafo 5.º que tiene naturaleza de exoneración parcial».

[6] SJM de Barcelona de 7 de marzo de 2016 (SJM B 1131/2016), declaró «la existencia de dos supuestos de exoneración: El supuesto del artículo 178 bis. 3 párrafo 4.º, que tiene la naturaleza de exoneración total, aunque sometida al plazo de revocación, y el supuesto del artículo 178 bis. 3 párrafo 5.º, que tiene la naturaleza de exención parcial, también sometida a plazo de revocación. Este tipo de exoneración se puede convertir en exoneración definitiva en los términos del artículo 178 bis. 8. En ambos supuestos, para que el deudor sea considerado de buena fe resultan ineludibles los requisitos del 178 bis. 1.º, 2.º y 3.º».

[7] (2016): La exoneración del pasivo insatisfecho, *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad,* coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 1.ª edición, Pamplona, pp.76-77; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2015): *La Reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad,* 1.ª edición, Barcelona, 262 y 281.

[8] CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho, *op. cit.,* 76-79; Auto del JM núm. 10 de Barcelona de 14 de abril de 2015 (AJM B 53/2016), dispuso «el artículo 178 bis. 3 recoge un alambicado procedimiento de exoneración provisional y, posteriormente, exoneración definitiva, una vez transcurridos cinco años desde la concesión del beneficio».

[9] COLINO MEDIAVILLA, 2015): Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015, *op. cit.,* 246.

[10] *BOE* núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

[11] *BOE* núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. M. (2015): *La segunda oportunidad. La superación de las crisis de insolvencia,* 2.ª edición,

Madrid, 47, señala que en la presente reforma de la Ley Concursal no regula el mecanismo de exoneración del pasivo, quedando inalterado el artículo 1911 del Código Civil; MIRANDA SERRANO, L. M. (2014): ¿Qué hay tras las normas de la Ley de Emprendedores relativas al emprendedor de responsabilidad limitada y al concurso de la persona física?, *Diario La Ley* núm. 8276, de 21 de marzo de 2014, 11, se pregunta —si la Ley de 27 de septiembre de 2013, de emprendedores es una auténtica segunda oportunidad, o más bien limitada y, por tanto, más teórica que práctica—, al disponer su articulado la exigencia del pago de los créditos privilegiados, y un 25% del pasivo ordinario, lo que conlleva que los deudores, persona física, quedan fuera de la reforma; en análogos términos, BERROCAL LANZAROT, A. I. (2014): La Ley de apoyo a los emprendedores, en concurso de persona física y el acuerdo extrajudicial de pagos, *Cuadernos de Derecho y Comercio,* 87; CUENA CASAS, (2014): Reformas de la Ley Concursal e insolvencia de la persona física, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 11/2014, disponible en www.revista.uclm.es/index.php/cesco, (fecha de consulta 13 de febrero de 2017), 181-182.

[12] (2016): *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado,* 1.ª edición, Pamplona, 82.

[13] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 49-52; MARTÍN FABA, J.M. (2016): ¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 16/2016, disponible en www.revista.uclm.es/index.php/cesco, (fecha de consulta 3 de marzo de 2017), 15-16, el artículo 178.2 de la LC no es de aplicación al deudor persona física que podrán obtener la condonación del pasivo por el 178 bis. supuesto que, por el contrario, no ocurría en el mecanismo de exoneración de la Ley 14/2013.

[14] *Vid.* CABANAS TREJO, R. (2015): El nuevo régimen legal de la exoneración del pasivo concursal y del acuerdo extrajudicial de pagos (Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero), *Diario La Ley* núm. 8505, de 23 de marzo de 2015.

[15] COLINO MEDIAVILLA, (2015): Insolvencia de persona física y segunda oportunidad en el Real Decreto-ley 1/2015, *op. cit.,* 256.

[16] SJM de Murcia de 7 de julio de 2016, (SJM MU 3190/2016)

[17] (2015): El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2368.

[18] FERNÁNDEZ SEIJO, (2017): Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad, *Diario La Ley* núm. 8500, de 13 de marzo de 2015,3; SENENT MARTÍNEZ, S. (2015): El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 23/2015, 7 y 14.

[19] SÁNCHEZ JORDÁN, *op. cit.,* 20.

[20] *Vid.* El Preámbulo I de la Ley 25/2015, de 28 de julio.

[21] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 61 y 63; CUENA CASAS, (2015): La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,* 472.

[22] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 65-66; FERNÁNDEZ SEIJO, Aspectos concursales de la Ley de segunda oportunidad, *op. cit.,* 3; RUBIO VICENTE, P.J. (2016): Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida de la Ley Concursal, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 24/2016,4, se introduce un nuevo, extenso y alambicado artículo 178 bis. que supone una excepción al régimen general de responsabilidad del pago de los créditos; SJM de Palma de Mallorca de 3 de marzo de 2016 (SJM IB 200/2016).

[23] MARTÍN FABA, ¿Existe un mecanismo de segunda oportunidad verdaderamente eficaz en España para consumidores insolventes?, *op. cit.,* 16 y sigs., señala otra clasificación para el artículo 178 bis. 3 que determina la buena fe y articula en dos grados o niveles: primer grado, artículo 178 bis. 3. 1.º a 4.º; segundo grado sería el 178 bis. 3. 5.º.

[24] CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. *Comentarios, op. cit.,* 79 y 85; SJM de Barcelona de 7 de marzo de 2016 (SJM B 1131/2016), declaro que «el deudor de buena fe ha de concurrir los requisitos que recoge el artículo 178 bis. 3, núm. 1º, 2.º, 3.º

y 4.º. Si no cumple con los requisitos del número 4.º, también puede considerarse deudor de buena fe si cumple con los requisitos del número 5.º y presenta el plan de pagos a que se refiere el artículo 178 bis. 6».

[25] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 81-82, señala que la redacción deja la duda de si estamos ante un requisito de admisión o trámite, o un presupuesto de fondo para la remisión de la deuda, decantándose por el requisito de trámite.

[26] (2015): Acuerdos extrajudiciales de pagos, PYMES y mecanismo de segunda oportunidad, *Diario La Ley* núm. 8538, de 13 de mayo de 2015,14 concepto «que no contiene referencia alguna al origen activo o pasivo del sobreendeudamiento o la insolvencia del deudor, ni al comportamiento del acreedor».

[27] (2015): El mecanismo de «segunda oportunidad» para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito, *Revista Cesco de Derecho de Consumo,* núm. 13/2015, disponible en www.revista.uclm.es/index.php/cesco, (fecha de consulta 13 de febrero de 2017),4, no es más que un elemento descriptivo del tipo, indicativo de la remisión, si se cumple la condición objetiva; en cambio, TOMÁS y TOMAS, S. (2016): El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, *Revista Aranzadi Doctrinal,* 4, la buena fe es normativa en contraposición a una concepción normativa, regulada en el 178 bis. 3 (de obligado cumplimiento), pero de no cumplirse el apartado 4.º entre la alternativa el apartado 5.º.

[28] La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *op. cit*., 483; criterio que ha sido corroborado por la SJM de Barcelona de 10 de noviembre de 2016 (SJM B 4534/2016).

[29] *Op. cit*., 111 y sigs.

[30] (2017): Real Decreto-ley 1/2015 y mecanismo de segundo oportunidad: una paradójica reforma, *Diario La Ley* núm. 8514, de 8 de abril de 2015.

[31] (2016): *El «deudor de buena fe» en la Ley de segunda oportunidad*, Granada, 232-233.

[32] *Cfr,* SJM de Barcelona de 7 de marzo de 1016 (SJM B 1131/2016).

[33] (1988): *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial,* Madrid, 50

[34] *Op. cit.,* 112-114.

[35] La exoneración del pasivo insatisfecho. *Comentarios, op. cit.,* 93, de la misma autora, «La insolvencia de la persona física: prevención y solución», *op. cit.,* 483, la denominada buena fe son requisitos de acceso a la exoneración, pero sin que la conducta del deudor pueda valorarse.

[36] (2015): El concepto de buena fe en supuestos de segunda oportunidad, *Presente y futuro del mercado hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para consumidores/as y Empresarios,* dirigidos por Miguel Olmedo Cordenete e Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia, 1.ª edición, Pamplona,781, señala que «el concepto de buena fe se determina no solo por una actuación honesta anterior, sino concomitante y posterior a la declaración del concurso y a la propia exoneración de deudas […] se trata de un concepto técnico-jurídico que se configura como parámetro en la actuación de una persona y no del principio dogmático que rige el ordenamiento».

[37] *Op. cit.,* 232-233, sostiene conforme a lo dispuesto en el artículo 178 bis. de la LC que se nos está facilitando indirectamente un concepto de deudor de buena fe, debiendo entenderse como «aquel cuya insolvencia se ha originado por causas imprevisible, ajenas a su voluntad; o bien, en las que no ha mediado dolo o culpa grave, y cuyo comportamiento, previo y posterior al procedimiento, haya sido colaborativo, diligente y leal, pues el deudor siempre debe intentar cumplir sus deudas».

[38] ÁLVAREZ VEGA, M.ª I. (2010): *La protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente,* 1.ª edición, Pamplona, 463-664, afirma que el sobreendeudamiento es una situación en que el consumidor tiene un exceso de deudas, en cambio, la insolvencia implica una imposibilidad de pago.

[39] (2012-2013): El sobreendeudamiento de la persona física, *Anales de la Academia Matritense y del Notariado,*387.

[40] SÁNCHEZ JORDÁN, *op. cit.,* 32-33, TRUJILLO DÍEZ, I.J. (2003): *El sobreendeudamiento de los consumidores,* Granada, 49, señala que la dificultad no está en definir el

sobreendeudamiento, sino en la imposibilidad de adoptar los medios apropiados para remediar el endeudamiento excesivo de las familias. Por tanto, se debe entender como una finalidad política a través de medidas preventivas y curativas.

[41] SÁNCHEZ JORDÁN, *op. cit.,* 33.

[42] *Op. cit.,* 34.

[43] *Cfr.* Dictamen CESE sobre el tema «Protección de los consumidores y tratamiento adecuado del sobreendeudamiento para evitar la exclusión social», de 29 de abril de 2014, punto 3.6, disponible: http://eur-lex.europa,eu/legal-conten/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52014 AE0791&print=true. (fecha de consulta 16 de febrero de 2017).

[44] SÁNCHEZ JORDÁN, *op. cit.,* 38; PULGAR EZQUERRA, El sobreendeudamiento de la persona física, *op. cit.*, 388; TRUJILLO DÍEZ *op. cit.*, 2.

[45] SÁNCHEZ JORDÁN, *op. cit.,* 39; PULGAR EZQUERRA, «El sobreendeudamiento de la persona física», *op. cit.*, 389; TRUJILLO DÍEZ *op. cit.*, 2. Auto del JM núm. 10, de Barcelona de 15 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 128116), «nos encontramos, en definitiva, ante una situación que la doctrina viene a llamar «sobreendeudamiento pasivo» en la cual el consumidor actúa responsablemente, pero se ve desbordado por contingencias inesperadas e imprevisible, habiendo actuado siempre de buena fe, por lo que el ordenamiento jurídico no puede penalizar a los que han solicitado su amparo a través del mecanismo del concurso de acreedores».

[46] SÁNCHEZ JORDÁN *op. cit.,* 31; ÁLVAREZ VEGA, *op. cit.*, 464.

[47] TRUJILLO DÍEZ, *op. cit.,* 4 y 9; DOMÍNGUEZ CABRERA, M.P. (2012): La posición jurídica del consumidor insolvente, *Anales de Derecho Concursal,* 112; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2009): *El sobreendeudamiento doméstico: Prevención y solución,* 1.ª edición, Pamplona, 96, El sistema alemán estableció en 1994 la *Insolvenzordnung,* Ley Concursal bajo los principios de unidad e insolvencia, de aplicación a toda persona física y societaria. En relación la persona natural se sitúa sobre la insolvencia y unidad subjetiva a través de un procedimiento que libera al deudor de las deudas no pagadas en el concurso y en determinados plazos.

[48] GARCÍA RODRÍGUEZ, J. M.ª. (2015): *El sobreendeudamiento de las personas físicas y familias»,* 1.ª edición, Barcelona, 43, inicialmente surgió por la Ley Neiertz de 31 de diciembre de 1989, modificada por las leyes de 8 de febrero de 1995; 29 de julio de 1998 y 1 de agosto de 2003; para concluir formando parte del Código de Consumo, *Vid.* DOMÍNGUEZ CABRERA, *op. cit.,* 110-111; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *op. cit.,* 85.

[49] ARROYO MARTÍNEZ, I, y MORRAL SOLDEVILLA, R. (2014): Consideraciones críticas sobre el acuerdo extrajudicial de pagos y las reformas de la Ley Concursal, *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán,* coord. por Ángel Rojo Fernández-Río y Ana Belén Campuzano Laguillo, vol. 1.º Valencia, 1244; PRATS ALBENTOSA, L. (2016): La exoneración del pasivo insatisfecho, *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad,* coord. por Lorenzo Prats Albentosa, 1.ª edición, Pamplona, 26; CUENA CASAS, (2015): ¿Un régimen de segunda oportunidad?, disponible en www.elnotario.es/index.php/opinion/4061-un-regimen-de-segunda-opor… (fecha de consulta 13 de febrero de 2017),3; DOMÍNGUEZ CABRERA, *op. cit.,*104; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, *op. cit.,* 28; ÁLVAREZ VEGA, *op. cit.,* 463-464, la insolvencia y el sobreendeudamiento son dos conceptos diferentes, pero relacionados. La insolvencia es una situación que implica imposibilidad de pago; en cambio el sobreendeudamiento es una situación previa a la insolvencia que conlleva la imposibilidad de cumplir regularmente las obligaciones de pago.

[50] SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L. (2005): El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia, *Las claves de la Ley Concursal,* dir. por José A. García-Cruces González *et al,* Pamplona, 45.

[51] CUENA CASAS, La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *op. cit.,* 480, sostiene que, en efecto, los requisitos comunes se corresponde con el artículo 178 bis. 3, apartado 1.º a 3.º de la LC.

[52] JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2016): La exoneración de pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobilia-*

rio, 2320, escribe que «para la declaración del concurso culpable es preciso probar un acto u omisión: elemento subjetivo (dolo o culpa grave) y la relación de causalidad entre la conducta del deudor y la generación o agravación del estado de insolvencia».

[53] El artículo 164.1 de la LC dispone: «El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representante legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estos condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2». *Cfr*. la SJM de Zaragoza de 5 de mayo de 2016 (SJM Z 2746/2016).

[54] FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.ª (2015): *La reestructuración de las deudas en la Ley de Segunda Oportunidad,* 1.ª edición, Barcelona, 210; BASTANTE GRANELL, *op. cit.,* 158; SJM de Valladolid de 15 de noviembre de 2016 (SJM VA 4819/2016), estableció que «si la calificación de culpable se sustenta en este precepto a cuyos requisitos se conectaban las presunciones *iuris tantum* del artículo 165 LC frente al carácter autónomo del artículo 164.2 LC, debe acreditarse un comportamiento activo u omisivo del deudor o de sus representante legales y, tratándose de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores de hecho o de derecho; la generación o agravación del estado de insolvencia; que esta sea imputable a dichas personas a título de dolo o culpa grave y el nexo causal entre la conducta de la persona afectada por la calificación y generación o agravación del estado de insolvencia».

[55] SAP de Lleida de 10 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 156452), estableció que «el concurso será culpable cuando en el origen o el empeoramiento de la insolvencia señala una conducta dolosa o con culpa grave del deudor, lo que supone un elemento intencional o subjetivo en esa conducta, que implica que haya infringido sus deberes más elementales tendentes a evitar la producción del estado de insolvencia o su agravamiento», *Cfr*. SAP de Zaragoza de 11 de febrero de 2013 *(AC* 2013, 471).

[56] SAP de Madrid de 9 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 209004), señalo en «el artículo 165 de la LC contempla presunciones *iuris tantum* a partir de comportamientos omisivos que entrañan, salvo prueba en contra, la existencia de dolo o culpa grave, aunque necesitan, además para justificar la calificación como culpable del concurso, que se aporte la prueba de la existencia de relación de causalidad entre esas omisiones contempladas en la ley y la generación o agravación de la insolvencia».

[57] *Op. cit.,* 88-90; CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales, *op. cit.,* 15, señala que la nueva redacción del 178 bis. 3.1.º nos lleva a que el retraso no impida obtener la exoneración del pasivo.

[58] CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. *Comentarios, op. cit.,* 100, aprecia que la enumeración de tipos penales coincide con el artículo 231.3.1.º relativo a los presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos.

[59] *Op. cit.,* 93; FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 236-237; CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. *Comentarios, op. cit.,* 101.

[60] *Op. cit.,* 239-240; BASTANTE GRANELL, *op. cit.,* 211.

[61] *Vid.* CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. *Comentarios, op. cit.,* 101-102; SÁNCHEZ JORDÁN, *op. cit.,* 107-108.

[62] CUENA CASAS, La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *op. cit.,* 485, señala que la expresión «intentar» un AEP implica cumplir todos los trámites para lograrlo.

[63] SJM de Barcelona de 13 de abril de 2016 (SP/AUTRJ/854744), declaró que «para considerar al deudor de buena fe han de concurrir los requisitos que recoge el artículo 178 bis. 3, números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º. Si no cumple con los requisitos del número 4.º, también puede considerarse deudor de buena fe si cumple con los requisitos del número 5.º y presenta el plan de pagos a que se refiere el artículo 178 bis. 6».

[64] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 99; FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 263, CUENA CASAS, *op. cit.,* 113-114.

[65] CUENA CASAS, *op. cit.,*114-115.

[66] *Cfr*. SJM de Murcia de 0 de marzo de 2016 (SJM MU 438/2016).

[67] FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 273.

[68] *Op. cit.,* 102-103.

[69] *Op. cit.,* 117.

[70] *Op. cit.,* 104.

[71] *Op. cit.,* 274.

[72] FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 275; CUENA CASAS, «La insolvencia de la persona física: prevención y solución», *op. cit.,* 487-488, señala que a primera vista resulta excesiva la publicidad registral, pues el Reglamento de Protección de Datos en su artículo 41.2 prevé la cancelación de datos por pago o por cumplimiento y en los demás casos a los seis años, este requisito no es de aplicación al Registro Público Concursal; ya que, el dato negativo permanece cinco años, y uno más si se insta al fichero de insolventes.

[73] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 133-134.

[74] (2017): «La fianza se extingue si se concede al deudor persona natural el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, por el trámite del número 4.º del apartado tercero del artículo 178 bis. del RDL 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción financiera y otras medidas de orden social», *vLex,* disponible en https://app.vlex.com/#vid/570909835/fromCheckout, (fecha de consulta 7 de abril de 2017), 10.

[75] ¿Un régimen de segunda oportunidad?, *op. cit*., 5; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,*139; JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015): El régimen de segunda oportunidad introducido por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* 2374.

[76] CUENA CASAS, (2009): El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales, *Endeudamiento del consumidor e insolvente familiar,* coord. por Matilde Cuena Casas y José Luis Colino Mediavilla, Pamplona, 162-163, alude a los artículos 86.3 de la LC modificado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y el 94.2 del mismo cuerpo legal, de igual modo modificado por la Disposición transitoria 1.º 1. del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, este último relativo a «la lista de acreedores» y, concretamente, el artículo 94.2.4.º apartado 2.º, señala que cuando el concursado es casado en régimen ganancial o cualquier otro se relacionarán separadamente los créditos que puedan hacerse efectivo sobre el patrimonio privativo y en el patrimonio común. No obstante, creemos que no queda alterado a pesar de reforma el criterio de que las deudas gananciales pueden hacerse efectivas con cargo al patrimonio privado del cónyuge deudor (art. 1369 del Código Civil), y las deudas privativas pueden ser efectivas con el patrimonio pasivo y subsidiariamente, con el patrimonio común (art. 1373 del Código Civil).

[77] CUENA CASAS, El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales, *op. cit.,* 167.

[78] El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales, *op. cit.,* 167.

[79] El concurso de acreedores de persona casada en régimen de gananciales, *op. cit.,* 171; FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 284.

[80] CUENA CASAS, La insolvencia de la persona física: prevención y solución, *op. cit.,* 494; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 129.

[81] Recordemos que el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, fue convalidado y en parte modificado resultando la Ley 25/2015, de 28 de julio.

[82] CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. *Comentarios, op. cit.,* 139, señala que «la mejora sustancial del deudor fuera causa de revocación constituía un auténtico despropósito que desnaturaliza la exoneración convirtiéndola en un *pactum de non petendo*».

[83] SJM de Barcelona de 2 de marzo de 2016 (SJM B 1130/2016), «si se cumple los requisitos previstos en el artículo 178 bis. 3, números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, la exoneración alcanza a todo el pasivo no satisfecho con la masa activa, al no establecer la LC limitación alguna en cuanto a su alcance. No obstante, resulta de aplicación el apartado 7 que regula la posible revocación del beneficio de exoneración si en los cinco años siguientes a la firmeza de esta resolución se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos».

[84] FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 290; CUENA CASAS, *op. cit.,* 138.

[85] *Op. cit.,* 113.

[86] TOMÁS y TOMAS, El nuevo régimen jurídico de la legislación sobre segunda oportunidad en España: aspectos procesales y sustantivos de la Ley 25/2015, *op. cit.,* 8, escribe que la revocación solo se puede instar por las motivos indicados en el 178 bis. 7, más adelante, añade, la fórmula empleada por el legislador es equívoca, además de generar incertidumbre en su aplicación.

[87] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 166.

[88] CUENA CASAS, *op. cit.,* 138.

[89] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 161.

[90] CUENA CASAS, *op. cit.,*113.

[91] MARTÍN FABA, (2016): El mecanismo de segunda oportunidad: Estado de la cuestión en la jurisprudencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 17/2016, disponible: www.revista.uclm.es/index.php/cesco, (fecha de consulta 4 de marzo de 2017), 139, citando la misma sentencia señala son «rígidas a la hora de aplicar el mecanismo de segunda oportunidad».

[92] (2015): El mecanismo de «segunda oportunidad» para consumidores insolventes en el RDL 1/2015: realidad y mito, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 13/2015, disponible: www.revista.uclm.es/index.php/cesco, (fecha de consulta 13 de febrero de 2017), 4.

[93] SJM de Barcelona de 3 de noviembre de 2016 (SJM B 4407/2016), consideró que «si se cumplen los requisitos previstos en el artículo 178 bis. 3, número 1.º, 2.º, 3.º y 4.º, la exoneración alcanza a todo el pasivo no satisfecho con la masa activa, al no establecer la LC limitación alguna en cuanto a su alcance. No obstante, resulta de aplicación el apartado 7 que regula la posible revocación del beneficio de exoneración si en los cinco años siguientes a la firmeza de esta resolución se constatase la existencia de ingresos, bienes o derechos del deudor ocultos».

[94] SAP de Logroño de 29 de julio de 2016 (SAP LO 301/2016), «En este supuesto, de conformidad con lo previsto en el apartado 6, el deudor obtendrá desde el inicio la exoneración provisional del crédito ordinario y subordinado. Y el resto de la deuda no exonerable, deberá incluirse en el correspondiente plan de pago, debiendo atenderla en un plazo máximo de 5 años».

[95] *Op. cit.,* 224.

[96] *Op. cit.,* 143.

[97] *Vid.* CUENA CASAS, La exoneración del pasivo insatisfecho. Aspectos problemáticos y primeras respuestas judiciales, *op,. cit.,* 21.

[98] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 163-164; FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 298; CUENA CASAS, *op. cit.,* 142.

[99] *Op. cit.,* 164, escribe en relación con la expresión «pendiente» donde surge la duda si está referida a la deuda no afecta de la exoneración, o debe incluirse las deudas exoneradas, en su opinión se decante por la segunda.

[100] *Op. cit.,* 298.

[101] *Op. cit.,* 225.

[102] *Vid.* CUENA CASAS, *op. cit.,* 139.

[103] CUENA CASAS, *op. cit.,* 143-144; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 173-174.

[104] SJM de Murcia de 18 de julio de 2016 (SJM MU 3195/2016), citando la SJM núm. 1 de Alicante de 26 de noviembre de 2014, señaló que «la conclusión conlleva los efectos inherentes previstos en el artículo 178 LC, sin perjuicio de reapertura si aparece con posterioridad nuevos bienes o derechos del concursado en los términos del artículo 179 y de la facultad de los administradores concursales para, en su caso, proseguir actuaciones pendientes en defensa de intereses patrimoniales», SJM de Murcia de 21 de julio de 2016 (SJM MU 3198/2016).

[105] JIMÉNEZ PARÍS, La exoneración del pasivo pendiente y la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, *op. cit.,* 2326.

[106] HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.,* 173-175; FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.,* 302.

[107] *Vid.* CUENA CASAS *op. cit.,* 145.

(Trabajo recibido el 29-5-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

DICTÁMENES Y NOTAS

La atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores

The preferential assignment of the marital housing to the non debtor spouse in the insolvency proceeding

por

MARIO SÁNCHEZ LINDE

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Doctor en Derecho

RESUMEN: El artículo 78.4 de la Ley 22/2003, Concursal, permite al cónyuge del concursado solicitar que la vivienda matrimonial se adjudique con preferencia en su haber en la liquidación de la sociedad de gananciales, dentro del concurso de acreedores. En este trabajo se analizan cuestiones como el sentido y la finalidad del precepto en la Ley Concursal, los requisitos legales para proceder a la atribución preferente de la vivienda ganancial, su incardinación en el proceso concursal, o cuáles son los parámetros a utilizar para la valoración de la vivienda. El artículo finaliza realizando una consideración crítica sobre el texto vigente del artículo y la normativa actual referente a la vivienda matrimonial y el concurso de la persona física.

ABSTRACT: The 22/2003 law, of insolvency, 78.º.4 provision, allows to the non debtor spouse to demand that the marital housing be preferentially awarded on his possession about the marriage partnerships settlement. This work analyzes matters like the meaning and purpose of the provision in the insolvency

law, the legal requirements to proceed with preferential award of the marital housing, its including in the insolvency process, or what are the parameters to use to value the housing. The work finishes making a critical reflection about the current text of the provision and the present regulation regarding the marital housing and the individual's insolvency proceeding.

PALABRAS CLAVE: Vivienda. Matrimonial. Cónyuge. Concurso. Atribución.

KEY WORDS: House. Marital. Spouse. Insolvency Proceeding. Assignment.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL CONCURSO DE ACREEDORES, LA PERSONA CASADA Y LA VIVIENDA MATRIMONIAL.—II. ORIGEN Y SENTIDO DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL. SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA.—III. SOLICITUD DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA. REQUISITOS PARA SU ADJUDICACIÓN: 1. La solicitud de atribución por parte del cónyuge no concursado. Trámite dentro del proceso concursal. 2. Requisitos para la concesión de la atribución preferente de la vivienda matrimonial.—IV. CONCEPTO DE VIVIENDA MATRIMONIAL EN ESTA SEDE.—V. VALORACIÓN DE LA VIVIENDA.—VI. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL.

I. INTRODUCCIÓN. EL CONCURSO DE ACREEDORES, LA PERSONA CASADA Y LA VIVIENDA MATRIMONIAL

Según la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio, en adelante, LCon), la declaración de concurso de acreedores de una persona necesita como presupuesto objetivo la insolvencia del deudor (art. 2.1 LCon), entendida esta como la situación en la que el concursado no puede hacer frente de manera regular a sus obligaciones exigibles[1]. Actualmente la declaración y el procedimiento del concurso de acreedores en la ley es aplicable a cualquier deudor, ya sea persona física o persona jurídica (art. 1.1 LCon), cuestión que con frecuencia ha sido criticada por la doctrina; efectivamente en nuestro sistema concursal no se ha establecido un procedimiento específico para el concurso de los particulares no empresas, que necesariamente debería incluir las especialidades destinadas a tratar el sobreendeudamiento o insolvencia de las personas físicas, sobre todo en los supuestos en los que aquellos no han actuado de mala fe.

Puede por tanto ser declarada en concurso de acreedores toda persona que recaiga en insolvencia, siendo indiferente además que esté o no casada y cuál

sea su régimen económico matrimonial. Ciertamente el hecho de que el deudor concursado esté casado no influye en su declaración como tal, aunque en este caso sí que existen algunas peculiaridades relevantes en tanto al tratamiento que la Ley Concursal dispensa a la situación de insolvencia, sobre todo en la composición de la masa activa y la posible disolución del matrimonio, y más específicamente en lo que respecta a la formación y reintegración de la masa activa del concurso, así como en la liquidación del patrimonio del deudor.

Efectivamente el legislador presta atención a la circunstancia de que junto a los bienes privativos del deudor recaído en concurso, puede existir un patrimonio común del que es titular igualmente el cónyuge no deudor —y por tanto no concursado—, patrimonio que igualmente podría responder de las deudas contraídas por los cónyuges aunque estos hubieran actuado de forma individual. En este sentido, el artículo 77 LCon establece con carácter general:

> Artículo 77: «1. En caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado.
>
> 2. Si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. En este caso, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso».

En el supuesto de concurso de acreedores de persona casada, por tanto, la masa activa del concurso comprenderá los bienes y derechos privativos del deudor concursado, y si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales —o cualquier otro de comunidad—, responderán y se integrarán también en la masa «los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado». Faculta igualmente el artículo 77 LCon al cónyuge no deudor para solicitar en este caso la disolución de la sociedad —o comunidad conyugal— al Juez que conozca del concurso[2].

Así pues si el cónyuge del deudor insolvente casado en régimen de gananciales no desea verse afectado por el concurso de acreedores, posee el recurso de solicitar la disolución de la sociedad ganancial al Juez Mercantil que esté conociendo del concurso; el Magistrado deberá acordar entonces la liquidación o división del patrimonio común, que además «se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso» (art. 77.2 *in fine* LCon).

En lo que respecta a la vivienda habitual del matrimonio, el apartado 4 del artículo 78 LCon manifiesta en los siguientes términos:

> Artículo 78.4: «Cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial o les perteneciese en comunidad conyugal y procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad, el cónyuge del concursado tendrá derecho a que aquella se incluya con preferencia en su haber, hasta donde este alcance o abonando el exceso».

De esta forma si la vivienda del matrimonio es común —y responde igualmente de las deudas contraídas por el concursado—, con una finalidad proteccionista se permite de forma expresa al cónyuge no recaído en concurso solicitar que se le adjudique la vivienda de modo preferente en su haber, en la subsiguiente liquidación de los bienes gananciales. Sabiendo así que la insolvencia de un deudor, si es persona casada, tiene una incidencia especialmente grave en la situación de la familia, se propone por parte de la ley que cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial —o perteneciese a los cónyuges en comunidad conyugal—, y hubiera de liquidarse la sociedad de gananciales, el cónyuge del deudor pueda solicitar que la vivienda matrimonial se incluya preferentemente en su lote resultante de la liquidación, hasta el máximo del valor hasta donde aquel llegue, o bien abonando el exceso de valor que excediera del mismo lote.

Debe hacerse notar que la vivienda perteneciente al matrimonio está sujeta a las normas generales relativas a la responsabilidad patrimonial, y no está exenta de ser objeto de ejecución y embargo; dicho de otra forma, no es un bien inembargable ni que se encuentre al margen del proceso concursal. Por ello, la norma dispensa la posibilidad al cónyuge no deudor de que la vivienda del matrimonio permanezca en el núcleo familiar antes de que los acreedores concursales puedan ejercer sus derechos frente a ella. Para ello y con la finalidad de no dañar sus intereses —ni la masa activa del concurso— tendrá el cónyuge que abonar a la masa activa el exceso de valor, de haberlo, de la vivienda que pretende sustraer en lo que exceda de su mitad resultante de la división del haber ganancial[3].

II. ORIGEN Y SENTIDO DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL. SU UBICACIÓN SISTEMÁTICA

El artículo 78 LCon se integra en la Ley Concursal dentro del Título IV, Capítulo II, Sección 1.ª, relativa a la «composición de la masa activa», aunque este precepto está estrechamente relacionado con la reintegración de la masa, ya que incluye ciertas presunciones de donación orientadas al ejercicio de acciones de reintegración[4]. Este tipo de presunción, destinada a evitar las operaciones que fraudulentamente pudieran realizar los cónyuges entre ellos y fueran per-

judiciales para los acreedores, se denomina comúnmente «presunción muciana concursal», y ha sido estudiada por abundante doctrina, a la que nos remitimos[5]. El artículo 78 LCon también incluye en su apartado 3.º —de manera quizá no muy ortodoxa— la consideración como divisibles de los bienes adquiridos por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia, e igualmente incluible en la masa activa la mitad de los bienes correspondiente al concursado[6].

El origen legislativo del artículo 78.4 de la Ley Concursal no deja de ser peculiar, pues no se encontraba en la redacción del Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, ni en el Proyecto de Ley Concursal de 22 de julio de 2002. Tampoco hubo enmiendas de ningún grupo parlamentario en el texto del Proyecto de Ley aprobado por el Congreso referidas a la posible sustracción de la vivienda matrimonial de la masa por el cónyuge no concursado, ni enmienda alguna del Senado que mencionara el apartado cuarto del artículo 78 LCon; la inclusión del mencionado apartado proviene definitivamente del Dictamen de la Comisión del Senado[7].

En cuanto a la finalidad del precepto, su fundamento es el mismo que el ideado para la vivienda adquirida con pacto de supervivencia en el artículo 78.3 LCon, cual es posibilitar que el hogar matrimonial —cuando sea ganancial— se atribuya al cónyuge no deudor y se excluya de la acción de los acreedores concursales. Ya se ha mencionado que la vivienda ganancial del concursado se ve igualmente afectada por el concurso de acreedores, y ello no solo por su responsabilidad civil ordinaria, sino también desde el momento en que el artículo 77.2 LCon señala expresamente que «si el régimen económico del matrimonio fuese el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado». Se pretende así por parte de la ley otorgar la posibilidad al cónyuge del concursado de hacerse único propietario —compensando económicamente a la masa del concurso, en su caso— de la vivienda habitual del matrimonio, sustrayéndose a la acción del concurso y evitando por tanto gravosos perjuicios al grupo familiar con el que conviva.

En el régimen económico matrimonial de separación de bienes, como es sabido, cada uno de los cónyuges es el único titular de sus bienes y derechos, y responde con su propio patrimonio de las deudas que hubiera generado frente a terceros[8]; de esta forma y bajo este régimen, la declaración de concurso de acreedores de uno de los integrantes del matrimonio implica que solamente se integran en la masa activa del concurso sus bienes individuales. Por el contrario y de nuevo en el régimen de bienes gananciales, si bien es cierto que el artículo 1320 del Código Civil requiere, como norma especial, el consentimiento de los dos integrantes del matrimonio para llevar a cabo actos de disposición sobre la vivienda matrimonial —aunque sea privativa de uno solo de los cónyuges—, ello no impide que la vivienda habitual del matrimonio, como cualquier otro elemento patrimonial, esté exenta de acciones de ejecución y embargo iniciadas

por terceros acreedores. De manera que en el supuesto de acontecer una posible situación de insolvencia y concurso de acreedores, pasará a integrar la masa activa del concurso al margen de su condición de bien ganancial o privativo del cónyuge deudor.

La práctica totalidad de los autores que han analizado la cuestión vienen a coincidir que con esta atribución preferente planteada por el artículo 78.4 LCon, la norma tiene la intención de facilitar, en la división y liquidación de los bienes conyugales, la continuidad de la vivienda matrimonial en el patrimonio del cónyuge no deudor —y no culpable del concurso—, y ello porque el hogar matrimonial no solo satisface una necesidad básica de la familia, sino que también es normalmente su principal activo patrimonial[9].

El legislador concursal permite así, cuando la disolución de la sociedad de gananciales ha sido instada por el cónyuge no concursado (art. 77.2 LCon *in fine*), la posibilidad de que este último pueda anticiparse al devenir del concurso e incluir con preferencia en su mitad, dentro de la liquidación de la sociedad ganancial, la vivienda habitual del matrimonio; y para no perjudicar a la masa activa ni los legítimos intereses de los acreedores concursales, le obliga a compensar económicamente el exceso de valor de la vivienda cuando este exceda del haber que le correspondería por mitad en la división del patrimonio común.

En el Código Civil no existe una norma semejante a la que se observa en el texto del artículo 78 LCon, aunque el apartado 4.º del precepto define un derecho de preferencia a favor del cónyuge del concursado en un sentido parecido a las atribuciones de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil; aunque en el supuesto que analizamos es la situación concursal del cónyuge lo que provoca su aplicación, y no la muerte del mismo. El artículo 1406 del Código Civil establece, en el supuesto de la liquidación de la sociedad de gananciales, que «cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance», entre otros bienes patrimoniales, «en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual» (p. 4.º). El artículo 1407 del Código Civil también contempla una atribución preferente, o bien un derecho de uso o habitación, en torno a la vivienda habitual —además de para el local de ejercicio de la profesión—, y precisa que si su valor «superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá este abonar la diferencia en dinero»[10].

Efectivamente la atribución del derecho preferente al cónyuge no deudor en el concurso de acreedores es bastante similar al ya instaurado en el Código Civil para el cónyuge viudo. En ambos casos el cónyuge cotitular del bien —en el marco de la sociedad de gananciales— puede solicitar con preferencia que en su cuota del patrimonio común se incluya la vivienda en la que reside o ha venido residiendo, dentro de la procedente liquidación del haber resultante y hasta donde este llegue, abonando en caso de superarlo la diferencia de valor. Todo ello además tintado del mismo afán de proteccionismo familiar, tanto en

el caso de muerte y viudedad en los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, como para el cónyuge no deudor en el artículo 78.4 LCon[11].

La norma derivada del artículo 78.4 LCon parece implicar una excepción al principio general de igualdad del Código Civil recogido en el artículo 1404 del Código Civil, principio que supone la división por mitades a los cónyuges en caso de disolución de la sociedad de gananciales. De nuevo este carácter excepcional se identifica con el ya existente y reconocido por los artículos 1406 y el subsiguiente 1407 del Código Civil, en el supuesto de disolución de la sociedad de gananciales por muerte del otro cónyuge; efectivamente en ambos casos puede observarse una alteración del contenido normal — 50 por cien— de las cuantías en las que deberían dividirse los lotes del patrimonio neto resultante de los bienes gananciales[12]. Aunque la finalidad de ambas normativas sea pareja (habilitar al cónyuge para que pueda obtener la propiedad de la vivienda en la que venía residiendo), el artículo 78.4 supone una novedad en cuanto a que dispone esta atribución preferente *en vida* de ambos cónyuges. Algunos autores han considerado esto una «mejora» en cuanto al tratamiento de los bienes gananciales en la Ley Concursal, frente al régimen ordinario del Código Civil[13].

A nivel técnico, lo que se reconoce al cónyuge no deudor en la Ley Concursal no sería tanto un derecho a conservar su mitad ganancial de la vivienda, que también, sino más bien una facultad de adquisición sobre la parte del bien que no es únicamente suyo —parte ganancial del otro cónyuge—, y que en circunstancias normales pasaría a integrarse en la masa del concurso. Los autores que han analizado el precepto suelen considerar esta facultad como un derecho de adjudicación preferente, o un privilegio de origen legal para el cónyuge del concursado[14].

En cualquier caso y según el texto legal, el cónyuge del concursado tendrá derecho dentro del procedimiento de reparto de liquidación de la sociedad ganancial a que la vivienda se incluya en su cuota, si lo solicita, y con ello evitar que se adscriba a la masa activa del concurso; en esa tesitura podrá pasar a ser propietario de la vivienda, y ahora no solo en parte como antes, sino en su totalidad. En los supuestos en los que el valor de la vivienda supere a lo que correspondiese a su cuota en la adjudicación, para obtener la plena propiedad del bien la ley le exige abonar la diferencia de valor a la masa activa del concurso, no perjudicando así el devenir del proceso concursal ni a los acreedores que se sitúan en la masa pasiva.

En lo que respecta a la ordenación sistemática del apartado 4.º, es llamativo el hecho de que tal apartado se haya integrado dentro del artículo 78 de la Ley Concursal, dedicado a la regulación de las especialidades propias del concurso de persona casada en régimen de separación de bienes. Probablemente y al contrario, la materia objeto de regulación del apartado 4.º debería haberse enmarcado, en una concepción sistemáticamente coherente, dentro del artículo 77 LCon, el cual se ocupa de la problemática relativa al régimen de sociedad de

gananciales del concursado u otro de comunidad de bienes[15]. Es posible que esta aparente disfuncionalidad venga motivada por causa de haberse tratado en el apartado anterior (ap. 3.º) del artículo 78 sobre la vivienda matrimonial adquirida mediante pacto de supervivencia; o tal vez y como ha sugerido algún autor, ello fue como consecuencia de la inclusión tardía del referido apartado 4.º en el texto proveniente de la Comisión del Senado, a la cual ya nos hemos referido con anterioridad[16].

La doctrina no ha dejado de percibir esta circunstancia, así como que una mención de este tenor se introdujese en el artículo 78, precepto dedicado concretamente a la presunción de donaciones en régimen de separación de bienes y al pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Se ha criticado así esta ubicación, en parte contraria a la ordenación sistemática, considerando que hubiera sido más correcto localizar la atribución preferente en el artículo 77 LCon[17].

III. SOLICITUD DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA. REQUISITOS PARA SU ADJUDICACIÓN

1. La solicitud de atribucion por parte del conyuge no concursado. Trámite dentro del proceso concursal

El artículo 78 LCon no especifica cuándo debe instar el cónyuge del concursado la atribución preferente de la vivienda matrimonial, si así decide hacerlo. Esta deberá solicitarse al Juez Mercantil antes de haberse dictado el *auto de declaración* de concurso de acreedores, pues así se deriva del artículo 21 LCon; este artículo plantea en su apartado 1.º que «el auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: […] 7.º. En su caso, la decisión sobre la formación de pieza separada, conforme a lo dispuesto en el artículo 77.2 en relación con la disolución de la sociedad de gananciales». De esta forma la petición a la que nos referimos debería realizarse, en puridad, *junto con la solicitud* de la disolución de la sociedad de gananciales, y ello antes del auto de declaración de concurso, pues si no difícilmente el Juez podrá decidir sobre la formación y el contenido de la pieza separada[18].

Seguidamente a la pieza separada, constante la solicitud de atribución preferente de la vivienda, deberá tramitarse la liquidación de la sociedad de gananciales entre los cónyuges según los artículos 1396 y sigs. del Código Civil, y 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elevándose la petición a la Sección V del Concurso (convenio y liquidación). Así se desprende de nuevo del artículo 77.2 LCon, el cual prescribe que cuando el cónyuge desee instar la disolución de la sociedad de gananciales, «el Juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación del concurso». Por tanto una vez

puesta en práctica la facultad del cónyuge, solicitada la atribución preferente y abierta la pieza separada, si el Juez decide su procedencia se pasará a tramitar la adquisición de la vivienda dentro de la coordinación mencionada en el artículo 77.2 LCon, pues esta se localizaría en el marco de las operaciones de división del patrimonio[19].

Hemos de percatarnos de que el artículo 77.2 de la Ley Concursal *permite* al cónyuge no concursado pedir la disolución de la sociedad de gananciales de la que forman parte sus bienes, con lo que aquel no tiene una obligación en este sentido; podría por tanto optar por dejar intacto el patrimonio común, sin beneficiarse tampoco entonces de la adjudicación de la vivienda matrimonial. Para ello sería suficiente no actuar con respecto al trámite del auto de declaración del concurso de acreedores por parte del Juez, pues recuérdese que la solicitud de división de la sociedad de gananciales —adherida la solicitud de atribución preferente de la vivienda— habría de realizarse antes de que se dicte el auto conforme al artículo 21 LCon[20].

2. Requisitos para la concesión de la atribución preferente de la vivienda matrimonial

A nivel introductorio conviene precisar que el derecho de atribución preferente de la vivienda matrimonial, *ex* artículo 78.4 LCon, solo puede operar en los casos de matrimonio vigente al tiempo del concurso, y no para parejas de hecho u otras situaciones de convivencia asimiladas. Así se desprende del tenor literal de la norma, pues tanto el artículo 77 como el 78 LCon en todo momento hablan de «cónyuge» y «matrimonio»[21].

Técnicamente el primer requisito legal para conceder la atribución preferente, por parte del Juez que esté conociendo del Concurso, consistirá en que el cónyuge no deudor decida solicitar, y así lo haga efectivamente, la disolución de la sociedad de gananciales —y paralelamente la atribución de la vivienda matrimonial—. Si el cónyuge no opta por la disolución de la sociedad de gananciales, no puede solicitar ni beneficiarse de la atribución preferente de la vivienda matrimonial; ello no solo por lógica, sino también porque el artículo 78.4 LCon dispone que tal privilegio podrá darse cuando «procediere la liquidación de la sociedad de gananciales o la disolución de la comunidad»; esta *liquidación procedente* no puede ser otra que la requerida por el cónyuge no deudor *ex* artículo 77.2 LCon[22].

Aunque hubiera solicitado la disolución de la sociedad de gananciales, el cónyuge del concursado tampoco está obligado a ejercitar la atribución preferente de la vivienda matrimonial. Esta circunstancia podrá darse posiblemente cuando el cónyuge no deudor se viera compelido a abonar la diferencia de precio de la vivienda a la masa del concurso, por exceder del valor de lo que

le corresponde a su lote en la división del patrimonio ganancial; y ello sobre todo cuando ese abono suponga un desembolso considerable. En el supuesto de que el cónyuge no requiera el privilegio de la atribución preferente, aunque sí que haya instado la disolución de la sociedad de gananciales, ha de pechar con el riesgo de que la vivienda sea ejecutada y pueda ser objeto de reparto entre los acreedores concursales. En este caso, sin embargo, se supone que la mitad de su valor también habría de compensársele al cónyuge en la liquidación del patrimonio (art. 1404 del Código Civil), pues aunque no pidió la atribución preferente de la vivienda, se le debe adjudicar la mitad de aquella como bien ganancial[23].

Como segundo condicionante para poder proceder a la adquisición preferente del artículo 78.4 LCon debe exigirse, evidentemente, que los cónyuges estén casados en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes. Sin duda del texto de los artículos 77.2 y 78.4 LCon puede extraerse que la adquisición de la vivienda es legalmente viable cuando el régimen económico matrimonial es el de bienes gananciales, y también cuando en las capitulaciones matrimoniales se haya acordado por los cónyuges un régimen de comunidad (arts. 1315 y 1325 y sigs. del Código Civil).

En tanto a la normativa autonómica y foral española atinente a los regímenes económico matrimoniales, han surgido dudas doctrinales en cuanto a si este privilegio de atribución preferente puede aplicarse a los regímenes matrimoniales propios de las regiones con competencias legislativas sobre la cuestión, normalmente negando tal posibilidad. Se ha postulado en este sentido que lo que la Ley Concursal realiza con el artículo 78.4 LCon es modificar el régimen general sobre división y adjudicación del patrimonio común del matrimonio, cosa que el legislador estatal no debería poder hacer en relación a la normativa autonómica competente en la materia. De esta manera y como han señalado algunos autores, la referencia al artículo 149.1.6.ª de la Constitución —y la competencia estatal en materia mercantil— que efectúa la Disposición Final 32.ª LCon no debería justificar que la ley nacional pueda imponer un derecho de atribución general, no relacionado directamente con las normas materiales del concurso de acreedores[24]. Ello podría impedir consiguientemente la aplicación del privilegio a los matrimonios regidos por regímenes de comunidad no estatales.

De seguirse esta línea argumental, no carente de fundamento, el derecho de atribución preferente de la vivienda solo se predicaría de los matrimonios vinculados por el derecho estatal, aunque también pueden encontrarse argumentos que postulen que tal privilegio puede ser igualmente aplicable a las demás regiones. Puede alegarse así que la aplicación del artículo 78.4 LCon no depende solo de la normativa civil del lugar donde esté radicada la vivienda, pues el legislador permite, dentro de un proceso concursal, que se sustraiga la vivienda familiar de la masa activa del concurso —y por tanto, de los acreedores— si el cónyuge no concursado actúa en este sentido. Es decir, la norma solamente operaría en

el caso de que el cónyuge no deudor hubiera decidido primero instar la disolución de la sociedad de gananciales, y además solicitar que se le atribuya con preferencia la vivienda matrimonial; fuera de este supuesto concreto la vivienda matrimonial no es inatacable independientemente de la norma civil o foral vigente, y pasará a integrar la masa activa del concurso como cualquier otro bien.

Igualmente hemos de recordar que la norma en cuestión se deriva de una intención protectora del cónyuge no deudor y del núcleo familiar, que en principio no han generado la situación de insolvencia. Otorgar el beneficio a unos cónyuges de buena fe y a otros no dependiendo de la normativa matrimonial vigente en su comunidad autónoma, podría resultar si cabe un agravio comparativo. Sabiendo además que los intereses de los acreedores no se verían afectados si el cónyuge abona a la masa del concurso el excedente de valor que pudiera superar su haber ganancial, la cuestión podría estar aún abierta a distintas interpretaciones[25].

El tercer requisito que exige el artículo 78.4 para su aplicación es que la vivienda en que reside habitualmente el matrimonio pertenezca a la comunidad conyugal, y no sea privativa de alguno de los cónyuges. No procedería de esta forma aplicar el privilegio, según el texto de la ley, cuando la vivienda sea de los dos cónyuges en copropiedad, pero estén casados en régimen de separación de bienes[26].

Cuando la vivienda sea en parte ganancial y en parte privativa, la situación puede llegar a ser complicada en determinar si procede el privilegio del artículo 78.4 LCon. Tal vez interpretando la norma a favor del cónyuge del concursado y conforme a su finalidad protectora, podría proceder la concesión de la adquisición preferente para el cónyuge no deudor, compensando en su caso el exceso de valor —ganancial— a la masa activa, de superar proporcionalmente dicho valor ganancial su cuota en la liquidación de la sociedad.

Una vez cumplidos los requisitos examinados, del tenor imperativo de la ley se extrae que el Juez concursal no puede negar el privilegio de atribución al cónyuge no concursado que lo hubiera solicitado[27] —tampoco pueden negarlo los administradores concursales—, y debería proceder a dictaminar la adjudicación de la vivienda al cónyuge en su cuota ganancial dentro de la liquidación; bastará así que el Magistrado compruebe, en caso de que el valor exceda de su lote, el depósito de la cantidad monetaria pertinente en la masa activa del concurso.

Cabe hacer una última argumentación en este epígrafe, y es que el contenido del artículo 78.4 LCon no precisa si la atribución preferente que incorpora opera solamente cuando la comunidad de bienes gananciales viene a liquidarse por causa de la existencia de un proceso concursal sobre uno de los cónyuges, o también por otra causa que en el tiempo coincidiese con la tramitación del concurso. En lo que al texto del precepto se refiere, no se exige expresamente que la disolución del régimen económico matrimonial se produzca como consecuencia del concurso de acreedores, y podría quizá ser suficiente con que la

liquidación se efectúe coetáneamente con el devenir del proceso concursal. Sin embargo, parece complicado que la Ley Concursal establezca por sí misma un criterio de adjudicación de la vivienda para supuestos distintos de la propia existencia del concurso de acreedores[28].

Ese es en nuestra opinión el espíritu de la norma, de lo cual por cierto no cabría mayor duda si la previsión del apartado 4.º se hubiera incluido en el artículo 77 LCon, como era su lugar natural[29]. De nuevo la deficiente sistemática legal plantea problemas interpretativos, aunque en la práctica y en los supuestos en los que la sociedad de gananciales se disuelva por motivos ajenos al concurso —por ejemplo, por un divorcio consensuado— estando pendiente el proceso concursal, ante el texto literal de la norma seguramente no se le pudiera negar el privilegio al cónyuge que, de cualquier forma, viera peligrar sus bienes gananciales por el concurso de acreedores[30].

IV. CONCEPTO DE VIVIENDA MATRIMONIAL EN ESTA SEDE

Procede ahora examinar qué debe entenderse por vivienda matrimonial a efectos del artículo 78.4 LCon, vivienda que por tanto podrá ser susceptible de beneficiarse de la sustracción de la masa del concurso a favor del cónyuge no deudor. No es este un tema menor, pues recuérdese de nuevo que la vivienda familiar supone para la mayoría de las familias su principal activo de patrimonio.

El artículo 78.4 LCon reza textualmente que el cónyuge no concursado podrá efectuar la sustracción «cuando la vivienda habitual del matrimonio tuviese carácter ganancial…». Así pues, el derecho de preferencia por parte del cónyuge no concursado debe necesariamente referirse a la *vivienda habitual* u ordinaria del matrimonio, y no a otros posibles alojamientos en los que pudieran residir temporalmente los cónyuges; de manera directa deberían excluirse así otros lugares o inmuebles como garajes, locales comerciales, naves, o almacenes, aunque también pertenecieran a la pareja en régimen de bienes gananciales[31]. Debe por tanto comprenderse como vivienda habitual del matrimonio, a estos efectos, aquella en la que los cónyuges conviven regularmente como núcleo básico de su grupo familiar; solo en este supuesto y no en otros, es cuando auténticamente la vivienda matrimonial debería asignarse al cónyuge *in bonis*, según puede deducirse del espíritu de la norma y su cariz proteccionista. Por tanto se excluirían igualmente del rango de acción del artículo 78.4 LCon las segundas viviendas, residencias de vacaciones o de temporada, viviendas ya no ocupadas por los cónyuges o compradas en suelo urbano con finalidades de inversión, y ello aunque hubieran residido efectivamente en las mismas[32].

Si fueran varias las viviendas matrimoniales, es decir, en las que los cónyuges (o alguno de ellos) residen con habitualidad, la doctrina suele acudir a la tramitación parlamentaria de la inclusión del apartado cuarto del artículo 78

LCon, donde efectivamente se planteó el supuesto de que pudieran existir diferentes viviendas habituales; en estos casos finalmente se dictaminó que «la adjudicación también ha de ser preferente a favor del cónyuge no deudor para garantizar la adscripción familiar». Consecuentemente y conforme a este criterio, debería atribuirse la preferencia de adjudicación también al cónyuge en este supuesto, aunque hubiera varias viviendas, y referido a *la que estuviese ocupando* el cónyuge del deudor concursado en cada supuesto, junto con su familia en su caso[33].

En el mismo orden de ideas y existiendo varias viviendas pertenecientes a los cónyuges, algunos autores han querido observar un elemento subjetivo o afectivo en cuanto a identificar cuál es la que debe ser objeto de protección *ex* artículo 78.4 LCon, y consistente en atribuir a alguna de las residencias existentes el carácter de «matrimonial» dentro de la óptica familiar[34]. No llegamos a compartir esta visión, debiendo en nuestra opinión imponerse el criterio de la residencia habitual efectiva; lo cual no quiere decir que el Juez del Concurso no deba de escuchar a los cónyuges y sus peticiones o preferencias —y cohonestar este elemento volitivo con los intereses de los acreedores y la opinión de los administradores concursales—, a la hora de proceder a la sustracción de la vivienda de la masa activa y su atribución al cónyuge no concursado.

Los bienes muebles que reúnan condiciones de habitabilidad y constituyan igualmente la vivienda habitual del matrimonio (como pueden ser casas prefabricadas, o estructuras que posean la cédula de habitabilidad), creemos que también deberían incluirse en la órbita del precepto y beneficiarse de la preferencia, pues el artículo 78 realmente no se refiere a bienes muebles o inmuebles, limitándose a establecer que goza del privilegio de atribución la «vivienda habitual del matrimonio»[35]. Esta solución debería asimismo acogerse en el cada vez más habitual supuesto, sobre todo en las grandes ciudades, de locales habilitados legalmente como viviendas («lofts»); en este caso tales inmuebles pueden constituir la vivienda habitual del matrimonio a todos los efectos, y su antigua condición de local comercial no debe obstaculizar su inclusión en el beneficio de adjudicación del cónyuge del concursado[36]. Ha de recordarse de nuevo el carácter de protección familiar del cual está imbuido el artículo 78.4 LCon.

En lo que se refiere al mobiliario y enseres gananciales de la vivienda familiar, posiblemente también deberían comprenderse incluidos en el privilegio que concede el artículo 78.4 al cónyuge no deudor. Debemos acoger de nuevo la interpretación de la ley que más favorezca al cónyuge no concursado, máxime cuando los intereses de los acreedores concursales no van a salir perjudicados si aquel va a abonar el exceso de su lote, en la liquidación de la sociedad y en su caso, del valor de la vivienda a la masa del concurso. No debe olvidarse tampoco que tratamos de un supuesto donde los créditos de los acreedores van a satisfacerse no solo con el posible abono del exceso de adjudicación por el cónyuge no concursado, sino también con el patrimonio restante del propio

deudor (bienes muebles o inmuebles, valores mobiliarios o financieros, créditos a su favor, etc.); desde esta perspectiva no parece oportuno sacrificar en favor del concurso de acreedores el mobiliario básico de la residencia, donde también pueden —y suelen— convivir hijos menores o personas de avanzada edad.

Así puede interpretarse nuevamente de la intención legislativa del artículo 78.4 LCon, cual es proteger al cónyuge no concursado y su familia. Además y no obstante, de estos enseres habría que restar los que se encontrasen en la vivienda, pertenecientes al concursado y que tengan la consideración de inembargables, que no se incluyen en la masa concursal en modo alguno. Efectivamente, hemos de hacer notar que los bienes declarados inembargables no forman parte de la masa activa del concurso, desde el momento en que el artículo 76.1 LCon establece que «constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento», aunque seguidamente el apartado segundo del mismo precepto matiza que «se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables»[37].

V. VALORACIÓN DE LA VIVIENDA

Una cuestión sin duda relevante a los efectos de la operativa que se describe en el artículo 78.4 LCon es determinar los parámetros de valoración de la vivienda matrimonial; máxime cuando el mismo apartado no dispone ninguna regla de valoración de la vivienda, ni en cuanto a su precio de adjudicación ni, en los supuestos en que proceda, el abono del exceso. Ciertamente el artículo 78.4 no precisa cómo se realiza la valoración de la vivienda que puede atribuirse con preferencia al cónyuge no concursado, a efectos de saber cómo afecta este valor al alcance de su mitad de bienes gananciales en la liquidación de la sociedad, o la cantidad que debiera abonarse como exceso en su caso. Surgen así dos posibilidades de valoración en este contexto; la primera consistiría en concebir el valor de la vivienda conforme al precio de mercado, o bien y en segundo lugar, valorar la misma según la previsión de apartado 3.º del artículo 78 LCon, esto es, el precio de adquisición actualizado conforme al Indice de Precios al Consumo, sin que supere el valor de mercado[38].

Por razones de sistematicidad técnicamente podría aplicarse la norma de valoración del artículo 78.3, que propone que la vivienda habitual adquirida por ambos cónyuges con pacto de sobrevivencia —y que puede ser adjudicada al cónyuge no concursado abonando a la masa la mitad de su valor— tiene que valorarse según el «precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mer-

cado». De esta forma y aunque no se trate en este supuesto de una vivienda adquirida con pacto de sobrevivencia por los cónyuges, pudiera ser más lógico jurídicamente, ante lo similar de la mecánica de la ley (atribución preferente de la vivienda matrimonial al cónyuge abonando a la masa parte de su valor), elegir este criterio para calcular el valor de la vivienda matrimonial.

Esta suele ser la orientación de la doctrina por identidad de objetivos de ambas normas, es decir, elegir la valoración de la vivienda basada en el precio de adquisición actualizado según el IPC —*ex* artículo 78.3 LCon —, pero *no* el *general*, sino el *específico* según el texto de la norma[39]. Esta regla valorativa inserta en la Ley Concursal, sin embargo, no ha dejado de recibir críticas. En primer lugar porque no hay dentro del Índice de Precios al Consumo ninguna sección ni apartado que se refiera específicamente a la vivienda habitual; efectivamente no existe un IPC específico para ese concepto de vivienda, y aún menos para «vivienda habitual matrimonial», con lo que la norma provoca en ese contexto cierta indeterminación[40].

Además con esta operativa pueden surgir problemas de coordinación con el artículo 82.1 de la Ley Concursal, que impone la obligación a los administradores concursales de realizar un inventario de los bienes de la masa activa, entre los cuales deberá incluirse la vivienda matrimonial[41]. Este precepto asume que la norma de valoración para configurar el inventario es el *valor de mercado* (art. 82.3 LCon), con lo que surgiría una contradicción con el criterio especial valorativo del artículo 78.3, en este caso acogido igualmente para la valoración de la vivienda matrimonial en el supuesto de su atribución preferente al cónyuge no concursado[42]. Se habla así en el artículo 82.3 simplemente de precio de mercado, mientras que el artículo 78.3 LCon alude al valor de mercado como una cifra tope, y determina el montante de la valoración como el precio de adquisición actualizado según el IPC —al momento de la división del haber matrimonial—. En cualquier caso y dado que son los administradores concursales quienes introducen los precios de los bienes integrantes de la masa en el inventario, tal vez una redacción realizada preventivamente teniendo en cuenta la especialidad de la vivienda matrimonial —en los casos en los que el cónyuge, por ejemplo, ya haya manifestado que pretende disolver la sociedad de gananciales y solicitar la atribución preferente de la vivienda— pudiera evitar las posibles discordancias.

Probablemente el legislador del año 2003 se dejó llevar, con intención loable para la economía del cónyuge, por el progresivo aumento del precio de la vivienda de aquella época. En ese sentido, es verdad que en los años previos al devenir de la crisis económica, el precio de la vivienda (tanto de nueva construcción como de segunda mano) creció a ritmos vertiginosos, por lo que a la hora de realizar la valoración en las adjudicaciones se producía una diferencia apreciable entre el coste de adquisición de la vivienda y el precio de mercado; así, si el cónyuge no recaído en concurso pretendía ejercitar su derecho de atribución

preferente podría verse obligado a abonar cantidades notablemente superiores a las que en su día se pagaron por la adquisición de la vivienda, con lo que la norma tenía sentido, aun con cierto menoscabo de los acreedores concursales. En la actualidad y dentro de una tendencia de precios al contrario bajista, podría ser más conveniente acudir directamente al precio de mercado, o a datos ofrecidos por sociedades de tasación de reconocido prestigio[43]; efectivamente a día de hoy el objetivo de la norma parece haber perdido su sentido, y tal vez una mejor opción legal sería recurrir al valor de mercado o a valoraciones encargadas por el Juzgado a sociedades de tasación[44].

Ante la falta de precisiones a este respecto del artículo 78.4 LCon, probablemente no pudiera descartarse que la valoración de la vivienda matrimonial se realizara de común acuerdo entre el cónyuge del concursado y los administradores concursales, eligiendo el valor de mercado si lo desean, o acudiendo a alguna agencia de tasación solvente. Incluso en defecto de dicho acuerdo, no es descabellado que sea en última instancia el Juez quien fije el valor definitivo, oídos lógicamente el cónyuge no concursado, la administración concursal, y los expertos sobre la materia que el Magistrado estime oportuno[45].

Independientemente de que la vivienda sea privativa del concursado o ganancial, conviene recordar nuevamente que esta y su valoración deben constar en el inventario de los bienes y derechos del concursado a incluir en la masa activa (art. 82.1 LCon), confeccionado por los administradores concursales[46].

VI. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DEL ARTÍCULO 78.4 DE LA LEY CONCURSAL

El artículo 78.4 LCon está legalmente diseñado para los casos en que, cuando proceda disolverse la sociedad de gananciales por concurso de acreedores de una persona física, la vivienda habitual del matrimonio que tenga carácter ganancial —o pertenezca a la comunidad conyugal— pueda integrarse con preferencia en el patrimonio del cónyuge no concursado en la pertinente liquidación; si su valor excede a lo que corresponde a su cuota, deberá abonarse a la masa activa del concurso el exceso. Ya se mencionó que la doctrina suele calificar esta facultad como un derecho de adjudicación preferente, o un privilegio para el cónyuge del concursado. Tal vez asistamos simplemente a un derecho de preferencia, de origen legal y de carácter voluntario, que puede ejercitar si así lo desea el cónyuge de un deudor recaído en concurso de acreedores.

Se puede observar en esta sede una de las pocas normas que la Ley Concursal dispensa al régimen matrimonial del deudor concursado, seguramente dentro de un instrumento, como es la normativa concursal vigente, no del todo útil y eficaz para los deudores personas naturales y su situación familiar[47]. En todo caso y una vez realizada la atribución de la vivienda matrimonial al cónyuge no

concursado, lógicamente el proceso concursal continúa sobre los bienes comunes —la mitad resultante de la liquidación— adjudicados al cónyuge deudor[48].

Indudablemente la intención de la ley es imponer una medida que proteja el patrimonio familiar dentro del concurso de acreedores de uno de los cónyuges, parecida a las que se observan en los artículos 1320, 96, o 1406 del Código Civil. La medida se materializa en una excepción a la norma general de adjudicación paritaria de bienes gananciales a cada uno de los cónyuges en la liquidación de la sociedad, y ello por causa de la protección del cónyuge no concursado de buena fe y su familia, que podrá continuar no solo residiendo en su hogar doméstico, sino también hacerse propietario único de la vivienda. La doctrina ha llegado a valorar de manera positiva el artículo 78.4 LCon, en tanto a que su intencionalidad se presenta como beneficiosa de los intereses del cónyuge no concursado, así como por extensión, de la supervivencia digna de la familia. Por el contrario sí se ha criticado su ubicación sistemática dentro de la ley, el planteamiento de una severa excepción a la norma general igualitaria en la liquidación de la sociedad ganancial[49], así como la carencia legal en cuanto a determinar los parámetros de valoración de la vivienda si el cónyuge decide ejercitar su derecho de atribución preferente[50]. La norma probablemente también debería haberse ocupado de cuestiones como si el privilegio de adjudicación preferente opera en las comunidades con normativa civil o foral propia, para no causar agravios comparativos entre ciudadanos, o qué sucede cuando la vivienda matrimonial es en parte privativa y en parte ganancial.

Realmente el apartado 4.º del artículo 78 LCon presenta un contenido que *a priori* nada tiene que ver con la temática general del precepto, el cual alude y se ocupa del régimen de separación de bienes, en lo que respecta a la presunción de donaciones entre cónyuges sobre adquisiciones que puedan menoscabar la formación de la masa activa (presunción «muciana»), y los bienes adquiridos conjuntamente mediante pacto de sobrevivencia. Si dicho apartado pretende regular una cuestión referente a la disolución de la sociedad de gananciales y la subsiguiente liquidación del patrimonio común, su ubicación debería haberse localizado al final del precedente artículo 77, atinente al matrimonio del concursado casado en régimen de bienes gananciales[51].

La mencionada ubicación posiblemente hubiera resuelto de primeras el problema de determinar si la atribución preferente opera también en los supuestos donde la sociedad de gananciales se disuelve por causas distintas al concurso de acreedores, pero durante la tramitación de este. Nótese así que el artículo 77.2 LCon alude a los casos donde el cónyuge del concursado puede solicitar la disolución de la sociedad de gananciales cuando vea sus bienes amenazados por la declaración de concurso; de esta forma y al encontrarse inmediatamente después en el texto legal la previsión que se analiza, difícilmente podría ser otra la interpretación pertinente en cuanto a la adquisición prioritaria procedente, esto es, cuando el cónyuge insta la disolución matrimonial precisamente por

causa del concurso y no por el hecho de estar pendiente o ser coincidente en el tiempo con un procedimiento concursal.

Otra cuestión no menos problemática es la ya referida falta de normas del artículo 78.4 LCon que sirvan para determinar el valor de la vivienda, siendo ello necesario no solo para ajustar los lotes patrimoniales de la mitad del haber ganancial de cada cónyuge, sino también para calcular el abono del exceso que a la masa activa debería realizar, de excederse en dicho lote, el cónyuge no concursado. La cuestión se plantea a nivel doctrinal, como ya se ha visto, en elegir el precio de adquisición de la vivienda actualizado, tal y como propone el artículo 78.3 LCon para la vivienda adquirida por los cónyuges con pacto de supervivencia, o por el contrario utilizar el valor real o valor de mercado al tiempo de realizarse la liquidación de los bienes comunes. En definitiva proponer una norma de valoración en un sentido u otro supone, por parte del legislador en este contexto, decantarse por una mayor protección de los intereses del deudor no concursado, o en cambio una mejor proyección en la satisfacción de los acreedores concursales.

En cuanto a la finalidad de la norma es complicado discrepar de su objetivo primario, cual es conservar la vivienda en el patrimonio familiar, pues de nuevo hemos de recordar que la vivienda matrimonial es, aparte de un bien de primera necesidad, normalmente el único o principal activo de importancia en las familias. No obstante ha de partirse de la base de que la vivienda matrimonial no es civilmente un bien inembargable[52], y en la práctica la situación problemática para la familia se presenta en toda situación de insolvencia, independientemente de que existan normas como la incluida en el artículo 78.4 LCon[53].

También es preceptivo mencionar que aun pudiendo ejercitarse la atribución preferente por parte del cónyuge no concursado, esta no podría hacerse valer ante, por ejemplo, los acreedores hipotecarios si la vivienda tuviese ese gravamen. En esta tesitura y según la normativa concursal, los acreedores ejecutarían sus derechos de crédito sobre el bien hipotecado sin que el artículo 78.4 LCon pueda condicionar su derecho real de garantía. De nuevo en estos supuestos la atribución preferente del cónyuge no deudor podría quedar vacía de contenido, otra vez, al no ostentar la vivienda matrimonial la condición de bien no embargable.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (2004). Comentarios a los artículos 77 y 78. En: A. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. 1.º. Madrid: Tecnos.

ARNAU RAVENTÓS, L. (2006). *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Barcelona: Atelier.

ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000). *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 del Código Civil,*Valencia: Tirant lo Blanch.

CUENA CASAS, M. (2008). El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad. En: A. Rojo y E. Beltrán (dirs.). *Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi.

— (2010). La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, num. 12.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2004). Comentario al artículo 78 LC. En: J. Sánchez Calero-V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal,* Tomo I. Valladolid: Lex Nova.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. (2005). Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 6.

FRADEJAS RUEDA, O. (2004). Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio (art. 78). En: Pulgar Ezquerra, Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Alcover Garau (dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la Reforma Concursal),* vol. 1.º. Madrid: Dykinson.

GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., VELÉZ BUENO, J. (1985). *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus.

HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 25.

JIMENEZ MARTÍNEZ, M. V. (2010). El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la ley concursal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, num. III.

MAGRO SERVET, V. (2005). La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* num. 2.

MERCADAL VIDAL, F. (2004). En: A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso Cuevillas (coords.), *Nueva Ley Concursal*. Barcelona: Bosch.

NANCLARES VALLE, J. (2010). Comentario al artículo 78. En: F. Cordón Moreno (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi.

ORDUÑA, F.J. - PLAZA, J. (2004). Comentario al artículo 78. En: A. Rojo - E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas.

SASTRE PAPIOL, S. (2004). Comentario al artículo 78. En: M.A. Fernández Ballesteros (coord.), *Derecho concursal práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*. Madrid: Iurgium.

SERRANO GARCÍA, J.A. (2009). El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés. En: M. Cuena Casas, J. L. Colino Mediavilla (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Madrid: Civitas.

NOTAS

[1] Si la solicitud de concurso la insta el propio deudor, debe justificar su situación de endeudamiento y su estado real de insolvencia, que puede ser presente o inminente. Si la solicitud concursal la presenta un acreedor o acreedores, deben fundamentar esta en el título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes bastantes para el pago, o bien fundarla en la existencia de alguno de los hechos recogidos en el artículo 2.4 LCon.

[2] En general, los bienes integrados en la sociedad de gananciales responden de las deudas generadas por uno de los cónyuges, además de por el uso de la potestad doméstica, por la gestión o disposición de los bienes gananciales, su administración ordinaria, o el ejercicio de profesión u oficio (art. 1365 del Código Civil). Además están sujetos a responsabilidad los bienes gananciales en las obligaciones que hayan sido contraídas por uno solo de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro, o por los dos cónyuges conjuntamente (art. 1367 del Código Civil). Igualmente vinculan a los bienes comunes las obligaciones extracontractuales imputables a un cónyuge como consecuencia de actos en beneficio de la sociedad de gananciales, cuando no se hubiera actuado dolosamente o con culpa grave (art. 1366 del Código Civil).

[3] Llama la atención la presencia en el precedente apartado 3 del mismo artículo 78 LCon de una previsión parecida a la que se analiza, relativa a la vivienda conyugal adquirida por ambos cónyuges con pacto de supervivencia. En lo que respecta a los bienes adquiridos por el matrimonio mediante este pacto, dicho precepto considera divisibles tales bienes una vez declarado el concurso de acreedores, e integra en la masa activa la mitad perteneciente al concursado; a su cónyuge se le permite «adquirir la totalidad de cada uno de los bienes satisfaciendo a la masa la mitad de su valor», y en lo referente a la vivienda matrimonial, «el valor será el del precio de adquisición actualizado conforme al índice de precios al consumo específico, sin que pueda superar el de su valor de mercado. En los demás casos, será el que de común acuerdo determinen el cónyuge del concursado y la administración concursal o, en su defecto, el que como valor de mercado determine el Juez, oídas las partes y previo informe de experto cuando lo estime oportuno».

[4] Artículo 78 LCon: «1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por este para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso.

2. Las presunciones a que se refiere este artículo no regirán cuando los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho […]».

[5] Entre otros, ASÚA GONZÁLEZ, C. (2000). *La presunción muciana concursal: El artículo 1442 del Código Civil,* Valencia: Tirant lo Blanch.

[6] *Vid*. nota 3.

[7] Informe de la Ponencia del Senado, BOCG - Senado, VII Legislatura, de 27 de mayo de 2003, num. 120 (d), 259 y 306. Véase igualmente BOCG - Senado, VII Legislatura, de 4 de junio de 2003, num. 120 (e), 397 y 398.

[8] La única excepción a esta responsabilidad individual se encuentra en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 del Código Civil), ya que en este supuesto surge para ambos cónyuges, aun casados en régimen de separación de bienes, una responsabilidad solidaria por las deudas contraídas; e incluso subsidiaria frente a los bienes del cónyuge no deudor.

[9] Así ÁLVAREZ OLALLA, M.ª P. (2004). Comentarios a los artículos 77 y 78. En: A. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. 1.º. Madrid: Tecnos (945); FRADEJAS RUEDA, O. (2004). Presunción de donaciones y pacto de sobrevivencia entre los cónyuges. Vivienda habitual del matrimonio (art. 78). En: Pulgar Ezquerra, Alonso Ureba, Alonso Ledesma, Alcover Garau (dirs.), *Comentarios a la Legislación Concursal (Ley 22/2003*

y 8/2003 para la Reforma Concursal), vol. 1.º. Madrid: Dykinson (821). CUENA CASAS parece distinguir un matiz, en tanto a que la protección que dispensa la ley no se destina solo al cónyuge no deudor, sino también al propio cónyuge concursado, aunque como parte del seno familiar. Opina así la autora que «La atribución de la vivienda habitual al cónyuge del concursado realmente está evitando su agresión por los acreedores del concursado con el objeto de que ambos cónyuges, en definitiva, la familia, pueda seguir disfrutando de la misma para satisfacer su necesidad primaria de alojamiento. Por lo tanto, constituye una medida de protección de ambos cónyuges que solo tendrá lugar cuando el cónyuge del concursado goce de un importante patrimonio privativo con el que abonar el exceso de atribución, o cuando la mayoría de las deudas del concursado sean privativas, supuesto en el que puede plantearse la hipótesis de que exista un remanente a repartir». CUENA CASAS, M. (2008). El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad. En: A. Rojo y E. Beltrán (dirs.). *Estudios de Derecho concursal dirigidos por A. Rojo y E. Beltrán*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi (287 y 288).

[10] Artículo 1407: «En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá este abonar la diferencia en dinero».

[11] *Vid*., por todos, GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C., VÉLEZ BUENO, J. (1985). *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*. Madrid: Reus.

[12] No deja de ser curiosa e interesante la comparación que realiza NANCLARES VALLE identificando la declaración de concurso de acreedores como una especie de «muerte civil», que conlleva un derecho de preferencia igual al del artículo 1406 del Código Civil para el cónyuge que ha de soportar la situación. Expresa así el autor que «la declaración de concurso de un cónyuge, como si de una muerte civil se tratara, permitirá aplicar a favor del cónyuge no concursado la misma preferencia sobre la vivienda ganancial que le correspondería si fuera cónyuge supérstite». NANCLARES VALLE, J. (2010). Comentario al artículo 78. En: F. Cordón Moreno (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Tomo I. Cizur Menor: Thomson-Reuters Aranzadi (908).

[13] HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 25, 197 y sigs.

[14] Así lo califican ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit.,* 945 y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2004). Comentario al artículo 78 LC. En: J. Sánchez Calero - V. Guilarte Gutiérrez (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal,* Tomo I. Valladolid: Lex Nova (1601); Igualmente ARNAU RAVENTOS, L. (2006). *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*. Barcelona: Atelier (56).

[15] En este sentido y de nuevo, ÁLVAREZ OLALLA, *op. cit*., 937.

[16] Así y con precisión NANCLARES VALLE (*op. cit*., 907), quien argumenta que «la defectuosa sistemática del legislador concursal se aprecia en este apartado 4 en el que, tras referirse a lo largo de todo el artículo 78 a las personas casadas en régimen de separación, se retoma la hipótesis de los cónyuges bajo un régimen de gananciales o equivalente foral. Tal vez la razón del déficit sistemático radique en la tardía y posiblemente precipitada inclusión de este apartado en la Ley Concursal, que no estaba en el Proyecto de Ley Concursal de 22 de julio de 2002, siendo añadido en el Dictamen de la Comisión del Senado».

[17] Opinan que el artículo 77 hubiera sido la sede natural de este apartado, entre otros, NANCLARES VALLE, *ibidem*, y SASTRE PAPIOL, quien igualmente cree que el apartado 4.º aparece en la ley, dentro del artículo 78, «de forma asistemática y sorpresiva». SASTRE PAPIOL, S. (2004). Comentario al artículo 78. En: M.A. Fernández Ballesteros (coord.), *Derecho concursal práctico (Comentarios a la Nueva Ley Concursal)*. Madrid: Iurgium (424).

[18] Es interesante señalar que el texto vigente de la Ley Concursal ha optado por el carácter rogado de la disolución de la sociedad de gananciales, esto es, a petición del cónyuge del

concursado, mientras que en el Proyecto de Ley se establecía la disolución automática de la sociedad en el momento de declararse el concurso de acreedores (art. 76.2 PLC).

[19] Ha existido no obstante alguna duda doctrinal sobre si la liquidación de la sociedad de gananciales sucede, técnicamente, antes o durante la liquidación concursal; en general, los autores suelen inclinarse por la liquidación conyugal previa a la liquidación patrimonial del concurso de acreedores. Así CUENA CASAS, M. (2010). La coordinación de la liquidación de la sociedad de gananciales con el convenio o la liquidación del concurso. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, num. 12, 71-91.

[20] Dado que la petición de medidas de aseguramiento sobre los bienes del deudor también es anterior a la declaración del concurso, no parece que haya obstáculo para que en el concurso necesario los acreedores soliciten medidas cautelares sobre la vivienda matrimonial, con depósito previo de fianza si así lo determina el Juez. *Vid*. artículo 17 LCon.

[21] Véase aquí ORDUÑA y PLAZA, quienes consideran que al margen de invocar el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, de momento ninguna normativa autonómica ha instaurado un derecho similar para las parejas de hecho —atribución de la propiedad—, sino como máximo una atribución de uso. ORDUÑA, F. J., PLAZA, J. (2004). Comentario al artículo 78. En: A. Rojo, E. Beltrán (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas (1422).

[22] *Vid*. DOMÍNGUEZ LUELMO, quien opina que estos supuestos «no pueden ser otros que aquellos a que se refiere el artículo 77.2 de la ley concursal, que coincide en este punto con el artículo 1393.1.º del Código Civil» (DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit*., 1603).

[23] En el supuesto de que el cónyuge del concursado no ejercite la disolución de la sociedad de gananciales, los bienes se integrarán en la masa activa del concurso —*ex* artículo 77 LCon— y pasarán a satisfacer los derechos de crédito de los acreedores, aunque dicho cónyuge no hubiera generado la situación de insolvencia y los bienes solo le perteneciesen en su mitad.

[24] En este sentido de nuevo DOMÍNGUEZ LUELMO, quien además precisa que la Disposición Final se refiere igualmente al artículo 149.1.8.ª de la Constitución, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas» (DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit*., 1602).

[25] Observando no obstante la fuerte tradición legislativa que en derecho matrimonial y de familia ostentan ciertas regiones españolas, calificar al artículo 78.4 LCon como norma general podría resultar, en cierto modo, un criterio invasivo o perturbador de la normativa autonómica. Véase por el contrario SERRANO GARCÍA, quien entiende que con el texto del artículo 78.4 asistimos a una norma procesal y no sustantiva, y por tanto de aplicación general. SERRANO GARCÍA, J.A. (2009). El concurso de acreedores y los regímenes forales de comunidad de bienes: especial referencia al consorcio conyugal aragonés. En: M. Cuena Casas, J. L. Colino Mediavilla (coords.), *Endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar*. Madrid: Civitas (229).

[26] En este sentido JIMÉNEZ MARTÍNEZ, aunque apunta la autora que en este caso la doctrina es más proclive a admitir la aplicación analógica del apartado precedente (78.3 LCon), y considerar la mitad de la vivienda del cónyuge concursado como si se hubiera adquirido por los cónyuges —casados en separación de bienes— con pacto de sobrevivencia. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. V. (2010). El concurso de persona casada: una aproximación a su regulación por la ley concursal. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, num. III, 430.

[27] En este sentido NANCLARES VALLE, quien proclama que existente la necesaria coordinación entre la liquidación de la sociedad ganancial y el convenio o liquidación del concurso, ello implica «una llamada al Juez del Concurso», con lo que este «carece de libertad» para incluir en la masa activa la vivienda del concursado (NANCLARES VALLE, *op. cit*., 908).

[28] Ya expresamos anteriormente que los supuestos de disolución de la sociedad de gananciales, en tanto a la liquidación «procedente» que proponía el artículo 78.4 LCon, no podían ser otros que los del artículo 77.2, esto es, que el cónyuge hubiera solicitado la disolución de la sociedad cuando los bienes gananciales corriesen el riesgo de integrarse en la masa activa, y responder frente a los acreedores concursales.

[29] En contra MERCADAL VIDAL, opinando que la norma pretende facilitar el mantenimiento de la vivienda dentro de la familia cuando tenga carácter ganancial o común, y que si bien legalmente se permite al cónyuge instar la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de la declaración de concurso, «cabe *prima facie* que dichas disolución y liquidación se deriven de otra causa». MERCADAL VIDAL, F. (2004). En: A. Sala, F. Mercadal, J. Alonso Cuevillas (coords.), *Nueva Ley Concursal*. Barcelona: Bosch (406).

[30] Así opinan ORDUÑA y PLAZA, quienes aun reconociendo que no asistimos a un criterio general de adjudicación, expresan que al no exigirse en el texto de la ley que la disolución del régimen ganancial sea consecuencia del concurso de acreedores, será suficiente que la causa acontezca estando pendiente el proceso concursal (ORDUÑA, PLAZA, *op. cit.*, 1423).

[31] En el mismo sentido JIMÉNEZ MARTÍNEZ, quien entiende aquí la vivienda como un inmueble «que permita realizar una vida en común a la familia», lo que supone «excluir del concepto de vivienda familiar determinados bienes inmuebles que por su propia naturaleza pueden ser utilizados por la familia para vivir por algún tiempo; sirvan de ejemplo, los solares, almacenes, trasteros o garajes (salvo que estos últimos sean parte integrante de la vivienda), las fábricas, las chozas, los establos, las cabañas o las casas en ruinas» (JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 430).

[32] El artículo 1406 del Código Civil también menciona expresamente la «residencia habitual», cuando cataloga como de preferente adjudicación, para el cónyuge supérstite, aquella donde hubiera residido, hasta donde el valor de su haber de liquidación alcance.

[33] Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG - Senado), de 17 de junio de 2003.

[34] De nuevo JIMÉNEZ MARTÍNEZ, quien opina que a la concepción de habitable y no temporal de la vivienda debe sumarse el deseo de los cónyuges de convertir ese inmueble en su hogar permanente. Se refiere la autora a las situaciones en las que los cónyuges realizan un «acto de afectación o destinación» con determinado «animus» (JIMÉNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, 430).

[35] Nos situamos así junto a ORDUÑA y PLAZA, quienes refiriéndose aquí al concepto de vivienda matrimonial creen que este asume también los bienes muebles que posean los requisitos de habitabilidad (ORDUÑA, PLAZA, *op. cit.*, 1422).

[36] Matizable podría ser el caso donde los cónyuges residen de hecho en tales locales acondicionados, pero carecen de cédula de habitabilidad. En tal situación pudiera ser más entendible que el Juez rechazase la aplicación del artículo 78.4 LCon.

[37] El artículo 606 LEC, punto 1.º, especifica que ostenta la consideración de inembargable «el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo». Añadiendo además el segundo punto del precepto que no son embargables «los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada».

[38] *Vid.,* nota 3.

[39] De nuevo ORDUÑA y PLAZA, quienes alegan que procede tal solución por «una interpretación contextual y por un criterio de coherencia sistemática» (ORDUÑA, PLAZA, *op. cit.*, 1423). También opta por esta técnica de valoración, y por similares motivos, SASTRE PAPIOL: «La ubicación del presente artículo, hace suponer que la valoración se regirá por el mismo criterio que para el supuesto contemplado en el apartado anterior» (SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, 424). Igualmente MAGRO SERVET, V. (2005). La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía,* núm. 2, 1611-1622. En contra NANCLARES, quien piensa que debe elegirse el valor real de la vivienda al momento de la liquidación, en consonancia con la regulación del artículo 1410 del Código Civil (NANCLARES VALLES, *op. cit.*, 908).

[40] Critica la expresión inexacta de la ley SASTRE PAPIOL, comentando el autor que el grupo de precios que se recogen en el IPC más parecido es el referido a «alquileres», que poco tiene que ver con el precio de la vivienda (SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, 424).

[41] *Vid.* nota 46.

[42] Artículo 82.3 LCon: «El avalúo de cada uno de los bienes y derechos se realizará con arreglo a su valor de mercado, teniendo en cuenta los derechos, gravámenes o cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren deudas no incluidas en la masa pasiva».

[43] De nuevo SASTRE PAPIOL, *op. cit.*, 424.

[44] Esta ha sido la orientación del legislador para computar el valor de garantía real del que gozan los acreedores, para bienes inmuebles en la homologación de los acuerdos de refinanciación, dentro de la disposición adicional 4.ª de la Ley Concursal. Así pues el valor razonable del inmueble será, según el parámetro incluido en esta disposición, el resultante del informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España (disp. ad. 4.ª.2.b) LCon).

[45] El común acuerdo entre el cónyuge y los administradores concursales sobre el precio de la vivienda —o en su defecto la decisión del Juez previo informe de experto — es un criterio que también se contiene en el artículo 78.3 LCon, para los bienes adquiridos por los cónyuges mediante pacto de sobrevivencia que no sean la vivienda matrimonial.

[46] Se propone además expresamente en el artículo 82.1 LCon, otra vez para el supuesto de la existencia de bienes comunes, que «en caso de concurso de persona casada en régimen de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en el inventario la relación y el avalúo de los bienes y derechos privativos del deudor concursado, así como las de los bienes y derechos gananciales o comunes, con expresa indicación de su carácter» (art. 82.1 *in fine*).

[47] La Ley Concursal sí que califica al cónyuge del concursado en el artículo 93 como «persona especialmente relacionada con el concursado», lo que provoca distintos efectos jurídicos atinentes al proceso concursal. Igualmente será persona especialmente relacionada, además del cónyuge, «quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso» (art. 93.1.1.º LCon).

[48] El cónyuge no concursado también adquirirá, junto con la vivienda, su mitad de bienes gananciales. Esos bienes, obviamente, quedan excluidos del proceso concursal.

[49] Pese a reconocer la intención bondadosa de la norma, FRADEJAS RUEDA comenta que es difícilmente entendible por qué se ha llevado al ámbito concursal un derecho personalísimo de adjudicación preferente, que supone «una desviación de la regla general de la partición igualitaria de bienes conyugales comunes, contemplado, restrictivamente, en el artículo 1406.4.º del Código Civil» (FRADEJAS RUEDA, *op. cit.*, 821).

[50] *Vid.* FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I. (2005). Una propuesta sobre el patrimonio familiar inembargable. *Anuario de Derecho Concursal*, num. 6, 208 y sigs.

[51] Opinamos por tanto como DOMÍNGUEZ LUELMO, quien propugna que el lugar correcto para una precisión legal de este tipo hubiera sido un hipotético apartado 3.º del precedente artículo 77 LCon (DOMÍNGUEZ LUELMO, *op. cit.*, 1602).

[52] Aunque teóricamente quizá podría evitarse el embargo probando la actuación fraudulenta por parte del cónyuge deudor (*vid.* art. 1391 del Código Civil).

[53] Actualmente solo es necesario, para ejecutar el embargo, notificar esta circunstancia al cónyuge del deudor —o que la demanda haya sido dirigida contra los dos cónyuges—, como exige el artículo 144.1 y 5 del Reglamento Hipotecario (Decreto de 14 de febrero de 1947). Seguidamente se practicará su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad.

(Trabajo recibido el 6-7-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

DERECHO COMPARADO

Apuntes sobre la Junta de propietarios, su acefalía y formas de solución en el Ordenamiento jurídico peruano

Notes on the board of owners, their acephalia and ways of solution in the Peruvian legal system

por

LUIS ALBERTO ALIAGA HUARIPATA
Vocal del Tribunal Registral, SUNARP
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres (Posgrado)

FREDY LUIS SILVA VILLAJUAN
Ex Vocal del Tribunal Registral, SUNARP
Abogado del Estudio De la Flor, García Montufar, Arata y Asociados

RESUMEN: Este trabajo pretende analizar el problema de la «acefalía» o falta de directivos con facultades vigentes de la Junta de propietarios en el Ordenamiento jurídico peruano; instancia que reúne a todos los propietarios de las secciones de dominio exclusivo y tiene por objeto la conservación y mantenimiento del edificio y que, consecuentemente, representa a dicho colectivo y celebra contratos y asume obligaciones en su nombre, pese a lo cual no se le reconoce personalidad jurídica.

En ese sentido, la Junta de propietarios requiere contar con un presidente o junta directiva con facultades vigentes que asuma su gestión o administración (internamente) y representación (externamente), lo que no sucede generalmente

en la práctica, por lo que se precisa de su regularización a efectos de asegurar la debida convocatoria a la Junta; en este punto se desarrollarán los siguientes supuestos: i) sujeto legitimado para convocar en la regularización del régimen de propiedad especial. ii) sujeto legitimado para convocar en la elección del primer presidente de la junta de propietarios. iii) sujeto legitimado para convocar en caso de imposibilidad del presidente con mandato vigente. iv) legitimación del último presidente inscrito con mandato vencido.

ABSTRACT: This work intends to analyze the problem of the «acephalia» or lack of executives with existing powers of the Board of owners in the legal system Peruvian; instance that brings together all the owners of exclusive domain sections aims at the conservation and maintenance of the building and, consequently, represents said collective and helds contracts and assumes obligations on its behalf, although it does not recognize its legal personality.

In that sense, the Board of owners requires a President or Board of Directors with applicable powers that assume its management or administration (internally) and representation (externally), which doesn't generally occur in practice, so their regularization is needed for the purpose of ensuring the proper call to the Board; at this point the following will take place: i) subject entitled to convene in the regularization of the special property regime. ii) legitimate subject to convene in the election of the first President of the Board of owners. iii) entitled subject to convene in the event of impossibility of the President with the existing mandate. iv) legitimization of the late President registered with expired mandate.

PALABRAS CLAVES: Junta de propietarios. Propiedad horizontal. Acefalía. Regularización de Directivas.

KEY WORDS: Board of owners. Horizontal property. Acephalia. Regularization of Directives.

SUMARIO: I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: CIUDADES Y ESCASEZ DE VIVIENDAS.—II. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y LA NEGACIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA.—IV. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU ACEFALÍA: 1. LEGITIMADO PARA CONVOCAR EN LA REGULARIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD ESPECIAL. 2. LEGITIMADO PARA CONVOCAR EN LA ELECCIÓN DEL PRIMER PRESIDENTE DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. 3. LEGITIMADO PARA CONVOCAR EN CASO DE IMPOSIBILIDAD DEL PRESIDENTE CON MANDATO VIGENTE. 4. LEGITIMACIÓN DEL ÚLTIMO PRESIDENTE INSCRITO CON MANDATO VENCIDO.—V. CONCLUSIÓN.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: CIUDADES Y ESCASEZ DE VIVIENDAS

Dice Antonio PAU, que «La ciudad en que vivimos es un elemento esencial de nuestra circunstancia. Y por tanto es una parte esencial de nosotros mismos. Esto es puro raciovitalismo, pero es también una experiencia. En la famosa fórmula de ORTEGA, el primer yo engloba la circunstancia, de modo que no es algo añadido a nosotros mismos, sino nosotros mismos. Un elemento de cada uno es su propia circunstancia. (…). ORTEGA añadía: 'y si cambia mi circunstancia cambio yo'. No nos es indiferente la evolución de nuestra ciudad. Los que gobiernan la ciudad están determinando, en buena parte, nuestra vida»[1].

Desde los primeros asentamientos humanos grupales estables de los que se tiene noticia como Jericó y Babilonia, pasando por Atenas y Roma y hasta la actual París y Nueva York puede advertirse que se trata de un fenómeno cultural complejo, vivo y permanente y consecuentemente, las perspectivas de estudio son múltiples, como la historia, la sociología, la política, la antropología, el derecho, la arquitectura, la geografía, psicología, etc.

El crecimiento de las ciudades se aceleró en la «Revolución Industrial», la misma que se iniciara en Londres a mediados del siglo XVIII y propagara a Europa y al resto del mundo; proceso de transformación económica, social, política, cultural y tecnológica que modificó el panorama mundial y cuyos efectos aún pueden advertirse[2].

En Latinoamérica y en el Perú el fenómeno de las migraciones del campo a la ciudad se ha desarrollado de manera constante, en especial debido a causas económicas (como el «centralismo económico» donde la riqueza se concentra en la capital y las provincias se mantienen empobrecidas), el terrorismo, el narcotráfico, los cataclismos, las enfermedades, etc.

En el caso de Lima y en términos generales la explosión demográfica ha sido dramáticamente exponencial, como sucede con muchas ciudades de Latinoamérica y el mundo; así, en la década del 40' la población no excedía de 500,000 habitantes, luego en la década del 80' ya se acercaba a los 5 millones y en la actualidad 9 millones; lo que implica mayores requerimientos de servicios de salud, alimentos, transporte, vivienda, etc., y que ha superado largamente las posibilidades de respuesta del Estado, incluido Municipios y Gobiernos Regionales; por ejemplo, solo el 20% de Municipios distritales del país cuenta con un Plan de Desarrollo Urbano y un 11% de Plan Vial, lo que deriva en informalidad y crecimiento desordenado de la ciudad[3] (Plan Metropolitano de Desarrollo Urbano de Lima y Callao, PLAM 2035)[4].

En el caso de la vivienda y según el informe «Perú situación inmobiliaria» (BBVA, Banco Continental, 2011) el déficit habitacional en el mercado peruano bordeaba los 2 millones de viviendas, lo que suponía un reto y una oportunidad de negocios y la necesidad de acceso al crédito (siendo que solo el 25% de ese

déficit se encontraba en Lima y el resto en las provincias del país)[5], situación que no ha cambiado sustancialmente y a pesar del «boom inmobiliario» de la década 2003-2013, lo que elevó los precios sustancialmente (en ese periodo el Perú tuvo un sorprendente crecimiento —a diferencia de muchos países afectados por la crisis norteamericana y europea—, a una tasa anual promedio del 6% y una inflación de menos del 1% anual, siendo el sector construcción uno de los más dinámicos)[6].

El déficit de vivienda subsiste en nuestro país, los precios no han bajado y entonces la alternativa más viable para la mayoría de nuestra población es la adquisición de departamentos en edificios, lo que implica ventajas en términos económicos, comodidad y seguridad, pero también la desventaja de someterse a una convivencia obligatoria y a una serie de limitaciones derivadas del régimen de «Propiedad Horizontal».

Definitivamente, hay mucho por hacer en esta materia y la solución no es únicamente legal (sin dejar de ser un factor importante), pues existen otros elementos que también influyen de carácter social, cultural, político, económico, etc.

En esta oportunidad nos limitaremos a analizar el problema de la Junta de propietarios derivada de la Propiedad Horizontal, su acefalía y formas de solución en el Ordenamiento jurídico peruano.

II. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y PROPIEDAD HORIZONTAL

En el Perú la «Propiedad Horizontal»[7], como es conocida a nivel de derecho comparado, es regulada bajo la forma dual, es decir, «régimen de propiedad exclusiva y propiedad común» y «régimen de independización y copropiedad» (en adelante régimen de propiedad especial) en la Ley núm. 27157[8] y su Reglamento (cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo núm. 035-2006-VIVIENDA)[9], así como la Directiva núm. 009-2008-SUNARP/SN sobre el régimen de propiedad exclusiva y común (aprobada por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos núm. 340-2008-SUNARP-SN)[10].

Así, el artículo 129 del Reglamento de la Ley 27157 define a la propiedad exclusiva y propiedad común como el régimen jurídico que supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones inmobiliarias de propiedad exclusiva, pertenecientes a distintos propietarios y por bienes y servicios de dominio común. Agrega que dicho régimen cuenta con reglamento interno y una Junta de propietarios. Este régimen jurídico es obligatorio en las edificaciones en las que coexistan secciones de propiedad exclusiva pertenecientes a distintos propietarios y zonas comunes, tal como se establece en el artículo 37 de dicha Ley el artículo 125 de su reglamento[11].

Debe precisarse que, el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común supone la existencia de dos tipos de bienes: por un lado, las secciones de

propiedad exclusiva sobre las cuales recae el derecho de propiedad exclusivo y excluyente y, por el otro, las zonas comunes de la edificación, cuya titularidad le corresponde a todos los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva en función a los porcentajes de participación que se les haya asignado en el reglamento interno de la edificación.

En cuanto a la participación en los bienes comunes, el artículo 130 del Reglamento de la Ley núm. 27157 lo define como el derecho accesorio a cada unidad o sección de uso exclusivo y corresponde ejercerlo al propietario de la misma. Agrega dicho artículo que los porcentajes son establecidos en el reglamento interno sobre la base de criterios razonables, como el área ocupada de las secciones de propiedad exclusiva, la ubicación de estas, los usos a los que están destinadas, entre otros. Asimismo, el artículo 40 de la Ley núm. 27157 señala que son bienes de propiedad común: el terreno sobre el que está construida la edificación, los pasajes, pasadizos, escaleras y en general, vías o áreas de circulación de uso común; las obras decorativas exteriores a la edificación o ubicadas en ambientes de propiedad común; jardines; sótanos y azoteas, salvo que en los títulos de propiedad de las secciones aparezcan cláusulas en contrario; patios, pozos de luz, *ductos* y demás espacios abiertos, entre otros.

La Junta de propietarios requiere ser convocada y contar con el respectivo *quórum* y mayorías para adoptar válidamente diversos acuerdos trascendentes para la comunidad, que incluyen la aprobación del reglamento interno en los supuestos de regularización de edificaciones, la modificación del reglamento interno en sus distintas variantes (adecuación, modificación de porcentajes de participación en los bienes comunes o desafectación de bienes comunes), transferencia de bienes comunes o la adquisición de bienes muebles o inmuebles para la comunidad de propietarios.

Como podrá advertirse, muchos de los actos son de primerísima importancia para la comunidad de propietarios pues implican la calificación de propios o comunes de los bienes de la edificación, la determinación de las cuotas de copropiedad que a cada propietario de sección de dominio exclusivo le corresponde sobre los bienes comunes o la transferencia de dominio de los bienes comunes a favor de terceros, entre otros.

III. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y LA NEGACIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA

No obstante la importancia de la Junta de propietarios el Ordenamiento jurídico no le reconoce personalidad jurídica, como veremos seguidamente[12].

En efecto, el artículo 47 de la Ley 27157 establece que «la Junta de propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones y tendrá la representación conjunta de estos» y siendo esta representación conjunta solo

referida a actos de gestión destinados a la conservación y mantenimiento del edificio, parece natural que no se le reconozca personalidad jurídica al no existir *animus societatis* entre sus miembros (no es persona jurídica ni organización de personas no inscritas; apenas un *tertius genus*)[13, 14].

En ese mismo sentido, en la Directiva núm. 009-2008-SUNARP/SN se afirma que la Junta de propietarios «es el ente no personificado que agrupa a los titulares de secciones de dominio exclusivo correspondientes a un edificio o conjunto de edificios, según su reglamento interno; y cuyo objeto es conservar y mantener los elementos o bienes comunes que les permita un adecuado disfrute de cada una de sus secciones privativas. En el caso peruano la solución es clara: la ley no le ha concedido personería jurídica, sin perjuicio de reconocerle una relativa subjetividad, en forma análoga a lo que sucede con las asociaciones no-inscritas o las sociedades irregulares».

¿Se trata entonces de un «sujeto de derecho relativo» al que se le pueden imputar derechos y deberes pero no como si fuese una sola persona (persona jurídica) ni como una pluralidad de personas (organización de personas no inscritas)?[15].

A despecho de esa relativa subjetividad, nuestra legislación reconoce competencia a la Junta de propietarios para acordar la transferencia de bienes comunes. Así tenemos que el artículo 43 de la Ley núm. 27157 establece que «La transferencia de bienes de propiedad común debe aprobarse por los dos tercios de los votos de la Junta de propietarios. Los propietarios que debidamente citados, no hubiesen asistido a la Junta, son notificados por conducto notarial y si en el plazo de 20 (veinte) días útiles, contados a partir de dicha notificación, no manifiestan por escrito notarial su discrepancia, se entenderán vinculados al acuerdo, que no será ejecutado hasta que transcurra tal plazo. Cualquier transferencia realizada sin contar con la votación antes dispuesta es nula de pleno derecho».

Nótese que la norma citada establece expresamente que quien transfiere los bienes comunes no son los propietarios de las secciones de dominio exclusivo y copropietarios de los bienes comunes[16], sino un ente que no tiene personalidad jurídica pero que está legitimado por su naturaleza y por mandato de la ley para actuar como si tuviera personalidad jurídica y, por ende, para disponer de los bienes comunes de la edificación, es decir, la junta de propietarios.

Debe resaltarse además, que incluso tratándose de un acto grave de disposición como es la transferencia de bienes comunes, la Junta de propietarios adopta sus acuerdos por mayoría calificada y no por unanimidad. Si bien notifica a los inasistentes para que, en caso de no estar conformes con el acuerdo, manifiesten por escrito su disconformidad, dicha disconformidad se considera como una «salvedad» de sus derechos que no impide la ejecución del acuerdo de transferencia respecto a las alícuotas de las propietarios que votaron a favor y de aquellos inasistentes que habiendo sido notificados del acuerdo no manifestaron su discrepancia por escrito en el plazo de 20 días útiles[17].

De la misma manera, si bien la Ley núm. 27157 y su reglamento no contienen disposición alguna que regule la adquisición de bienes por la junta de propietarios, en la práctica, esta entidad carente de personalidad jurídica actúa de manera similar a una persona jurídica y como tal adquiere diversos bienes y servicios. Así por ejemplo, para la conservación y mantenimiento de los bienes comunes, la junta de propietarios adquiere materiales y útiles de limpieza. Asimismo, si se requiere reemplazar bienes comunes tales como los faroles de iluminación, las máquinas de aire acondicionado, los ascensores o algún otro objeto común, será la junta de propietarios quien adquiera dichos bienes.

En la misma línea y en un sentido más amplio, la Directiva núm. 009-2008-SUNARP/SN ha señalado que «Para efectos registrales la Junta de propietarios puede adquirir bienes muebles e inmuebles. El asiento de inscripción expresará como titular a la Junta de propietarios, debiendo consignar el detalle de la edificación o conjunto inmobiliario al que se refiere» (¿un propietario no «sujeto de derecho»?)[18].

También, la Junta de propietarios interviene en la contratación de servicios, tales como los de limpieza y seguridad de la edificación, personal que se encargue del pintado del edificio o reparación de los bienes comunes, la administración del edificio e incluso de los profesionales que se encarguen de asesorar a la Junta de propietarios en temas jurídicos y contables. Resaltamos que con relación a la administración del edificio el artículo 151 del Reglamento de la Ley núm. 27157 regula expresamente la existencia de un administrador general que velará por el adecuado funcionamiento y conservación de los bienes y servicios comunes y que esta designación será efectuada por la Junta de propietarios y podrá recaer, entre otros «(…) c) Cualquier persona natural o jurídica especialmente contratada para tal función». Ahora bien, quien contrata la prestación de los servicios es la Junta de propietarios representada por su presidente.

Considerando la actuación de la Junta de propietarios en diversas situaciones de la vida práctica es que en el ámbito tributario se ha establecido como una obligación de este ente no personificado de contar con un Registro Único de Contribuyente (RUC), tal como lo establece el artículo 2 concordado con el numeral 40 del Anexo de la Resolución núm. 210-2004-SUNAT de fecha 16 de setiembre de 2004.

IV. LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU ACEFALÍA

«Acefalía» entendida como «inexistencia de jefe en una sociedad, secta, comunidad, etc.»[19].

Como queda dicho, si bien la Junta de propietarios carece de personalidad jurídica, nuestro ordenamiento le reconoce en términos prácticos una actuación similar a las personas jurídicas, tanto para la convocatoria a su sesión respectiva, la adopción de los acuerdos y la actuación a través de un representante legal.

En efecto, de acuerdo con nuestra normativa la Junta de propietarios requiere ser convocada a sesión por su presidente o por el facultado en el reglamento interno (art. 146 del Reglamento de la Ley núm. 27157); adopta sus acuerdos por mayoría simple o mayoría calificada según el acto de que se trate (arts. 135, 136 y 148 del Reglamento de la Ley núm. 27157); plasma sus acuerdos en un acta de sesión de Junta de propietarios (art. 148 del Reglamento de la Ley núm. 27157); y, los propietarios pueden hacerse representar por otras personas en la sesión de Junta de propietarios mediante poder otorgado por carta simple o escritura pública (art. 147 del Reglamento de la Ley núm. 27157); y su presidente tiene representación legal de la Junta de propietarios (art. 145 del Reglamento de la Ley núm. 27157).

En ese sentido resulta relevante determinar cuál de los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva de la edificación se encuentra legitimado para convocar a los demás propietarios a fin de que se reúnan válidamente y adopten acuerdos vinculantes para la comunidad de propietarios de la edificación.

En el supuesto que exista reglamento interno inscrito y presidente de la Junta de propietarios con mandato vigente e inscrito en la partida matriz del predio no existirá mayor obstáculo para identificar al legitimado para realizar la convocatoria, pues de conformidad con el artículo 146 del Reglamento de la Ley núm. 27157 la convocatoria debe ser efectuada por el presidente o por el designado en el reglamento interno.

Las dificultades para identificar al legitimado para formular la convocatoria surge cuando no existe reglamento interno o cuando existiendo nunca se eligió al presidente de la Junta o habiéndose elegido presidente este se encuentra imposibilitado de convocar o su periodo de funciones venció.

En el presente caso evaluaremos los distintos supuestos de acefalía para efectuar la convocatoria a una sesión de junta de propietarios y las soluciones que ofrece el Ordenamiento jurídico peruano, haciendo especial énfasis en la convocatoria efectuada por el último presidente inscrito con mandato vencido:

1. Legitimado para convocar en la regularización del régimen de propiedad especial

La Ley núm. 27157 establece dos mecanismos para la regularización del régimen de propiedad especial, los cuales evaluaremos a continuación para determinar quién es el legitimado para realizar la convocatoria a la sesión de junta de propietarios en la que se apruebe en vía de regularización el reglamento interno y se elija al presidente de la junta de propietarios.

El primer mecanismo para la regularización del régimen de propiedad especial es el contemplado por el artículo 6 de la Ley núm. 27157, norma que señala que la convocatoria será efectuada vía notarial por cualquiera de los

propietarios interesados. Si bien no se exige un número mínimo de propietarios de secciones de propiedad exclusiva para realizar la convocatoria, si se exige que esta se realice por la vía notarial y en el supuesto que no se haya adoptado el criterio de igualdad de cuotas de participación en los bienes comunes y no asistan a la reunión todos los propietarios, se requiere que se publique el acuerdo en el diario oficial *El Peruano* y en otro de mayor circulación del lugar donde se ubica el inmueble[20].

El segundo mecanismo complementario para la regularización del régimen de propiedad especial es el contenido en el artículo 39 de la Ley número 27157 según el cual «Las edificaciones a que se refiere el artículo 37 de la presente Ley, deben contar necesariamente con un Reglamento Interno elaborado o aprobado por el promotor o constructor o, en su caso, por los propietarios con el voto favorable de más del 50% de los porcentajes de participación».

Podrá apreciarse que la norma citada establece la posibilidad de que el reglamento interno pueda ser aprobado por propietarios que representen más del 50% de porcentajes de participación en los bienes comunes, pero no precisa quien de todos los propietarios será el encargado de efectuar la convocatoria y cómo se computarán los votos pues no habiendo reglamento interno aprobado no existen porcentajes de partición en los bienes comunes asignados a cada sección de propiedad exclusiva. Para salvar estas omisiones legales, en el segundo párrafo del artículo 5.2 de la Directiva núm. 009-2008-SUNARP/SN se precisó que el reglamento interno «También se aprueba conforme al artículo 39 de la Ley número 27157, por acuerdo de más del 50% de los propietarios que conforman la edificación, para lo cual el voto se computa por cada sección de propiedad exclusiva, mientras no se encuentre definido el porcentaje de participación en las zonas comunes».

Asimismo, el último párrafo del citado artículo 5.2 precisa que «En este último caso, la convocatoria se realiza por el propietario-constructor o por los propietarios que reúnan por lo menos el 25% de participación en la edificación, debiéndose notificar a los otros propietarios mediante esquelas con cargo de recepción y con una anticipación no menor de cinco días naturales».

En consecuencia, en este segundo supuesto de regularización del régimen de propiedad especial están legitimados para efectuar la convocatoria: (i) el propietario constructor; o, (ii) los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva que representen el 25% de porcentajes de participación, con la precisión de que al no existir reglamento interno y, por tanto, no encontrarse definidos los porcentajes de participación en los bienes comunes, para la primera sesión se considera que todas las secciones de propiedad exclusiva tienen el mismo porcentaje de participación en los bienes comunes.

Cabe resaltar que en este supuesto, la notificación se efectúa mediante esquelas con cargo de recepción y con una anticipación no menor de cinco días naturales.

2. Legitimado para convocar en la elección del primer presidente de la junta de propietarios

El supuesto relativo a la falta de elección del primer presidente de la Junta de propietarios luego de la aprobación del reglamento interno, ha sido regulado por el segundo párrafo del artículo 87 del Reglamento de Inscripciones del Registros de Predios (RIRP), en el sentido que la convocatoria será efectuada por el propietario constructor o por los propietarios que representen cuando menos el 25% de las participaciones en las áreas y bienes comunes.

En la misma línea, en el CXXXIX Pleno Registral se ha establecido como Acuerdo Plenario que propietarios que representan el 25% de porcentajes de partición en los bienes comunes están legitimados para convocar a sesión para la elección del presidente de la Junta de propietarios y para otros temas como la adecuación o modificación del reglamento interno: «Cuando no existe Presidente de la Junta de propietarios inscrito o ha vencido el mandato del Presidente inscrito, la convocatoria a Junta de propietarios podrá ser efectuada por propietarios que representen el 25% de participaciones sobre los bienes comunes, para acordar la elección del nuevo presidente o directiva, y/o la adecuación o modificación del Reglamento Interno»[21].

3. Legitimado para convocar en caso de imposibilidad del presidente con mandato vigente

El supuesto referido a la imposibilidad para efectuar la convocatoria del presidente inscrito con periodo de funciones vigente, sea porque transfirió la sección de propiedad exclusiva, renunció al cargo o porque falleció, ya había sido abordado por la segunda parte del Acuerdo aprobado en el LXXX Pleno Registral con el siguiente tenor literal: «La convocatoria a sesión de Junta de Propietarios solamente puede ser efectuada por el presidente o por el designado por el reglamento interno. Excepcionalmente, pueden convocar los propietarios que representen al menos 25% de participaciones cuando se acredite ante el Registro la acefalía o ausencia definitiva del designado para ello».

Sin embargo, este Acuerdo no precisó si la convocatoria efectuada por propietarios que representan el 25% de porcentajes de participación en los bienes comunes era aplicable solamente para la elección del presidente de la Junta de propietarios o para cualquier otro acto que implique la modificación del reglamento interno, situación que ocasionaba continuas observaciones de los Registradores Públicos pues al interpretar restrictivamente el criterio del Tribunal Registral, solamente admitían la convocatoria para la elección del nuevo presidente.

Para salvar esta problemática, en el CXXXIX Pleno Registral se precisó el Acuerdo adoptado en el Pleno LXXX en el sentido que este: «(…) se refiere al

supuesto en el que existe presidente inscrito con periodo de funciones vigente. En tal caso, propietarios que representan el 25% de participaciones sobre los bienes comunes podrán convocar si se acredita la muerte, renuncia o incapacidad del presidente. El objeto de la sesión podrá ser la elección del nuevo presidente o directiva y/o la adecuación o modificación del reglamento interno».

Queda claro entonces que durante la vigencia del periodo de funciones del presidente, propietarios que representan el 25% de porcentajes de participación en los bienes comunes están facultados para convocar a sesión de junta de propietarios en que se discuta la elección del presidente o se modifique el reglamento interno, siempre que se acredite ante el Registro se ha producido la muerte, renuncia o incapacidad del presidente.

Asimismo, si bien se ha precisado las causas de la acefalía durante la vigencia del periodo de funciones del presidente de la Junta de propietarios, como es la muerte, renuncia o incapacidad del presidente, hubiera sido conveniente emplear una fórmula más abierta pues podrían presentarse otros supuestos de imposibilidad del presidente para convocar, tal como ocurre cuando el presidente transfiera el dominio de su sección de propiedad exclusiva y no renuncie al cargo. En este caso, queda claro que ya no integra la Junta de propietarios y por ende carece de legitimidad e interés para convocar a la sesión de Junta de propietarios.

4. Legitimación del último presidente inscrito con mandato vencido

Finalmente debe indicarse que, un supuesto bastante común de configuración de acefalía es la que se produce por vencimiento del plazo de vigencia del periodo de funciones para el que fue elegido el presidente de la Junta de propietarios. Para salvar esta situación, una primera opción es incorporar en el reglamento interno una disposición expresa que establezca la continuidad de funciones del presidente de la Junta de propietarios hasta que se produzca elección del nuevo presidente.

Sin embargo, en el supuesto que el reglamento interno no contenga disposición especial de continuidad del presidente elegido, la interrogante que se plantea es si el último presidente inscrito está legitimado para convocar a sesión de Junta de propietarios para convocar a la elección del nuevo presidente.

En la jurisprudencia registral en vía de interpretación y a fin de asegurar la continuidad de los miembros de los órganos directivos de las asociaciones incorporó la figura de la «representación de hecho»[22], mediante la cual se reconocía en favor del último presidente inscrito cuyo periodo de duración de funciones había vencido facultades de convocatoria a asamblea general eleccionaria[23]; criterio interpretativo que resultaría plenamente aplicable a las junta de propietarios.

Se trataba entonces de facultades excepcionales reconocidas en favor del presidente del Consejo directivo, esto es, solo para convocar a asamblea elec-

cionaria, es decir, convocar a una asamblea cuya agenda sea exclusivamente la elección de los nuevos directivos. Una de las críticas que se hizo es que, el término empleado no resultaba adecuado, pues la convocatoria a asamblea general efectuada por el presidente cuyo periodo de funciones ha vencido no constituye propiamente un acto «representativo» — dirigido a terceros —, sino uno de carácter «interno»; asimismo, la representación que se le reconoce debería comprender todos los actos establecidos en el estatuto y la ley no limitarse a la convocatoria, como se hace[24].

El Tribunal Registral sobre el tema de la Junta de propietarios y su acefalía en el tiempo ha adoptado posiciones discrepantes, transitando desde una negativa total a la aplicación analógica del artículo 47 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (Resolución núm. 536-2013-SUNARP-TR-L) hasta su plena aceptación (Resolución núm. 2485-2014-SUNARP-TR-L); lo que requería una definición de este Colegiado.

En ese sentido, en el CXXXIX Pleno Registral se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria[25]: «El último presidente inscrito de la Junta de Propietarios con periodo de funciones vencido también está legitimado para convocar a Junta de Propietarios con la finalidad de elegir al nuevo presidente o directiva»[26], consagrándose así en sede registral la aplicación analógica del artículo 47 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Personas Jurídicas (aprobado mediante Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos núm. 038-2013-SUNARP-SN).

Desde nuestro punto de vista esta interpretación es la más adecuada, por cuanto si bien la junta de propietarios no es una persona jurídica, la misma adopta sus acuerdos de manera similar a esta, por lo que precisa de la permanencia y vigencia de un órgano que asegure su adecuada administración, lo que incluye la convocatoria y su representación, como son el presidente o la directiva.

V. CONCLUSIONES

I. La Junta de propietarios es la instancia que reúne a todos los propietarios de las secciones de dominio exclusivo y tiene por objeto la conservación y mantenimiento del edificio y las secciones de dominio común en general.

II. La Junta de propietarios representa a dicho colectivo y en ese sentido, celebra contratos y asume obligaciones en su nombre; pese a lo cual no se le reconoce personalidad jurídica.

III. La Junta de propietarios requiere contar con un presidente o junta directiva con facultades vigentes que asuma su gestión o administración (internamente) y representación (externamente), lo que no sucede generalmente en la práctica, por lo que se precisa de su regularización a efectos de asegurar la debida convocatoria a la Junta.

IV. En la jurisprudencia registral se han detectado cuatro situaciones básicas en materia de regularización de directivos de la Junta de propietarios, así tenemos: i) sujeto legitimado para convocar en la regularización del régimen de propiedad especial. ii) sujeto legitimado para convocar en la elección del primer presidente de la junta de propietarios. iii) sujeto legitimado para convocar en caso de imposibilidad del presidente con mandato vigente. iv) legitimación del último presidente inscrito con mandato vencido; ello sin perjuicio de la existencia de otros.

NOTAS

[1] PAU PEDRÓN, Antonio. *Madrid en sus libros. 1539-2000,* Madrid - Editorial Trotta S.A., 2009, 8.

[2] http://www.finanzasparatodos.es/gepeese/es/inicio/laEconomiaEn/laHistoria/revolucion_industrial.html

[3] http://www.imp.gob.pe/index.php/plan-metropolitano-de-desarrollo-urbano-de-lima-y-callao-plam

[4] Diario Oficial «El Peruano» del 26 de septiembre de 2014. Hablan Las Ciudades (comentarios sobre el ciclo de conferencias realizadas en la Cámara de Comercio de Lima: «Infraestructura: retos y oportunidades para las nuevas autoridades»).

[5] http://www.bbvaresearch.com/KETD/fbin/mult/inmobiliario_peru_2011_tcm346--61212.pdf?ts=1492012

[6] http://www.inei.gob.pe/web/Boletin/Attach/14328.pdf

[7] Anteriormente regulada por el Decreto Ley N.º 22112, «Ley de Propiedad Horizontal» (diario oficial «El Peruano» del 14/3/1978) y en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo núm. 019-78-VC (diario oficial «El Peruano» del 29/4/1978).

[8] Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 20/7/1999.

[9] Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 8/11/2006.

[10] ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. Problemas inmobiliarios y administrativos derivados de la convivencia en edificios. Enfoque legal y jurisprudencial, Lima - *Gaceta Jurídica,* 2012, 11.

[11] Según el punto 5.1. de la Directiva núm. 009-2008-SUNARP/SN, sobre el régimen de propiedad exclusiva y común, establece lo siguiente en cuanto a su ámbito de aplicación:

«De conformidad con el artículo 128 del Decreto Supremo N.º 035-2006-VIVIENDA, el régimen de propiedad exclusiva y común es obligatorio en todos los casos en que existan unidades inmobiliarias superpuestas en el plano vertical.

En caso contrario puede optarse por el régimen de propiedad exclusiva y común o el de independización y copropiedad».

[12] GONZÁLES BARRÓN, Günther: Junta de Propietarios y Adquisición de Bienes, En: *Diálogo con la Jurisprudencia,* núm. 105. Lima - Gaceta Jurídica S.A., 2007, 263.

[13] RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993.* Tomo I. Lima - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, febrero 1999, 320.

[14] ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas,* Lima - Editorial Rodhas S.A.C., octubre, 2006, 951.

[15] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas (Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil),* Lima - Grijley EIRL, enero, 2000, 287.

[16] De acuerdo con la naturaleza del régimen, los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva son copropietarios de los bienes comunes. En este sentido se pronuncia el artículo 130 del Reglamento de la Ley 27157 al señalar: «La participación en los bienes comunes,

es un derecho accesorio a cada unidad o sección de uso exclusivo y corresponde ejercerlo al propietario de la misma. (…)».

[17] Al respecto, el tercer párrafo del artículo 148 del Reglamento de la Ley núm. 27157 establece que: «Los acuerdos que autoricen la transferencia de propiedad de bienes comunes deberán ser notificados a los propietarios de secciones que no concurrieron a la Junta, aun cuando hubieran renunciado a ella, mediante carta notarial dirigida al domicilio designado por ellos ante la Junta. En estos casos, los propietarios podrán manifestar su discrepancia con el acuerdo, en el plazo de veinte (20) días hábiles. Esta discrepancia se entiende solo como salvedad. De no hacerlo quedarán vinculados a dicho acuerdo».

[18] GONZÁLES BARRÓN, Günther: *Derecho Urbanístico,* Lima - Ediciones Legales, 2013, 821.

[19] Diccionario de la Lengua Española (Real Academia Española). Madrid-Espasa Calpe S.A., 22 edición, 2001, 22.

[20] En efecto, el numeral 2.3 del artículo 2 de la Ley núm. 27333 precisa que: «El acuerdo adoptado debe constar en acta simple firmada por los concurrentes. Si el acuerdo se adoptó sin la asistencia de todos los propietarios, una copia del acta deberá exhibirse por lo menos durante 3 (tres) días consecutivos en los lugares más visibles de la edificación. Si el acuerdo se adoptó con la asistencia de todos los propietarios, no requerirá de publicación alguna. En los casos en que se haya acordado la modificación del porcentaje de participación en las áreas comunes, si no asistieron a la reunión todos los propietarios, además de la exhibición antes referida, se deberá publicar, por una vez, un extracto del acuerdo en el Diario Oficial El Peruano y en otro de los de mayor circulación del lugar donde se ubica el inmueble».

[21] En el IV Pleno Registral se precisó que «Los acuerdos de sala plena del Tribunal Registral obligan a sus miembros como pacto vinculante».

[22] VÁSQUEZ TORRES, Elena. La representación de hecho de las personas jurídicas, En: *Folio Real. Revista de Derecho Registral y Notarial,* Año 1, núm. 1, Lima - Palestra Editores SRL, abril 200, 191.

[23] Resolución del Tribunal Registral núm. 082-2000-ORLC/TR del 15 de marzo de 2000.

[24] GONZALES BARRÓN, Günther. *Tratado de Derecho Registral Mercantil. Registro de sociedades*. Lima - Jurista Editores EIRL, enero de 2002, 342.

[25] Conforme al artículo 158 del Reglamento General de los Registros Públicos: «Constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior. (…). Los precedentes de observancia obligatoria aprobados en Pleno Registral deben publicarse en el Diario Oficial «El Peruano», mediante Resolución del Presidente del Tribunal Registral, siendo de obligatorio cumplimiento a partir del día siguiente de su publicación en dicho diario. Adicionalmente, dichos precedentes, conjuntamente con las resoluciones en las que se adoptó el criterio, se publicarán en la página web de la SUNARP».

[26] Publicado en el diario oficial «El Peruano» el 27 de febrero de 2016.

(Trabajo recibido el 3-7-2017 y aceptado para su publicación el 11-7-2017)

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 3-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro de la Propiedad de Lerma

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN DEL TÍTULO PREVIO. TÍTULO FORMAL: DOCUMENTO PÚBLICO. REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Para proceder a la cancelación de un usufructo por fallecimiento de la usufructuaria es necesario que previamente esté inscrita la herencia en virtud de la cual se adjudique dicho usufructo para después poder proceder a su cancelación y ello conforme a uno de los principios esenciales del sistema hipotecario español de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Las fotocopias de la escritura de herencia y del certificado de defunción del usufructuario presentadas junto con la instancia, en ningún caso, pueden producir asiento registral alguno, ya que no cumplen los requisitos exigidos por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, conforme el cual, para poder ser inscritos los referidos títulos de adquisición de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el Gobierno o por sus agentes, en la forma que prescriben los reglamentos. El artículo 254 de la Ley Hipotecaria impone un verdadero cierre registral: «Ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad» por falta de tal acreditación, solo excepcionado por la posibilidad de practicar el asiento de presentación, si bien suspendiéndose la calificación de conformidad con el artículo 255 de la misma Ley. Conforme a los artículos 103

de la Ley Hipotecaria y 193.4.ª del Reglamento Hipotecario, es claro que el principio de seguridad jurídica exige que la instancia privada en la cual se solicita la cancelación permita identificar con plena certeza al solicitante y por tanto será requisito imprescindible la legitimación notarial de su firma o bien, la instancia debe firmarse y ratificarse ante el Registrador.

Resolución de 5-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 37

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Según la reiterada doctrina fijada por este Centro Directivo, 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, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: Primero.– Debe aportarse el título del vendedor; Segundo.– La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; Tercero.– El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución.

Resolución de 5-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro de la Propiedad de Moncada, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE USO.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (*vid.* Sentencias citadas en los «Vistos»), tras declarar que el derecho a la propiedad privada es un derecho reconocido por el artículo 33 de la Constitución y que está concebido ampliamente en nuestro ordenamiento, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente (limitaciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente), ha entendido reiteradamente que la mera descripción del inmueble no supone una limitación del uso o de las facultades dominicales, sino que la eficacia de una prohibición de esta naturaleza exige una estipulación clara y precisa que la establezca. Y, por ello, admite plenamente el derecho del propietario al cambo de destino de su piso (de comercial a residencial en este caso), siempre y cuando dicho cambio no aparezca expresamente limitado o prohibido por el régimen de propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria. En el caso del presente recurso no concurre ninguna de las circunstancias que hacen necesaria la autorización unánime de la Comunidad de propietarios. En primer lugar, no hay infracción de los estatutos. En segundo lugar, no consta que la transformación realizada por los interesados cambiando

el destino de su local a vivienda afecte a elementos comunes del inmueble, modifique las cuotas de participación, menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores (cfr. arts. 5, 7 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal).

Resolución de 5-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 4

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: APLICACIÓN PONDERADA DEL 671 DE LA LEC.

La cuestión objeto de este expediente es determinar si es inscribible un testimonio de decreto de adjudicación y de mandamiento de cancelación de cargas dictados en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que, tras quedar desierta la subasta, se adjudica la casa hipotecada al acreedor por el 60% del valor de tasación de la finca. La finca subastada es la vivienda habitual del deudor. Sentado pues que puede y debe calificar el Registrador si el efectivo importe de adjudicación de la finca en el procedimiento se acomoda al previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede ahora evaluar si en el presente caso, y puesto que la subasta quedó desierta por falta de licitadores y se trata de vivienda habitual, la adjudicación debió realizarse por el 60% del valor de tasación, como sostiene el recurrente, o por la cantidad que se ha liquidado como debida al ejecutante por todos los conceptos, que en el presente caso es inferior al 70% pero superior al 60% del valor de subasta. En concreto, dicha cantidad debida equivale al 60,35% del valor de subasta de la finca. 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, cuando, como es el caso del presente expediente, por el hecho de que la deuda sea ligeramente inferior al 70% del valor de subasta, se permita al acreedor adjudicarse la finca por el 60% y seguir existiendo un saldo a su favor, o deuda pendiente a cargo del ejecutado que se ve privado de su vivienda habitual, siendo así que si la deuda fuera del 70% la adjudicación se realizaría por dicho importe, quedando pagada la deuda, mientras que si el saldo de la deuda fuera algo inferior al 70% del valor por el que hubiera salido a subasta, la adjudicación se produciría por el 60%. Por ello, debe también atenderse al espíritu y finalidad de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que fue la de aumentar la protección a los ejecutados en el caso de ejecución de su vivienda habitual, así como a los criterios de interpretación sistemática y contextual, comparando la redacción de los artículos 670 y 671 citados, y concluyendo que la redacción literal del artículo 671 ha de ser interpretada en el mismo sentido que la del artículo 670, es decir, que el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación del inmueble por el 70% del valor de subasta, o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le debe por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior al sesenta por ciento de su valor de subasta. En base a todo lo expuesto, y a los

concretos efectos que la Ley confiere a las Resoluciones de este Centro Directivo, se estima que la interpretación ponderada y razonable del artículo 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para evitar un resultado literal contrario al espíritu y finalidad de la Ley, habrá de ser la de que «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por la cantidad que se le deba al ejecutante por todos los conceptos, con el límite mínimo del 60 por cien del valor de subasta».

Resolución de 7-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro de la Propiedad de Torrent, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

La cuestión objeto de este expediente ha sido objeto de tratamiento por este Centro Directivo de forma reiterada en fechas muy recientes. En concreto se trata de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a quien, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento. Hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la Ley Hipotecaria, que extiende la calificación registral a los efectos de las inscripciones y cancelaciones a que dé lugar el procedimiento de ejecución directa sobre los bienes hipotecados, entre otros extremos, al siguiente: «Que se ha demandado y requerido de pago al deudor, hipotecante no deudor y terceros poseedores que tengan inscrito su derecho en el Registro en el momento de expedirse certificación de cargas en el procedimiento». Por su parte, el artículo 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que la demanda ejecutiva se dirija «frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados, siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes». Y el artículo 686 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil regula el requerimiento de pago estableciendo que «en el auto por el que se autorice y despache la ejecución se mandará requerir de pago al deudor y, en su caso, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor contra quienes se hubiere dirigido la demanda, en el domicilio que resulte vigente en el Registro». La Sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2013, de 8 de abril, sienta «doctrina sobre la proyección que desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene la inscripción registral y su publicidad» en un procedimiento de ejecución hipotecaria y en especial «la cuestión relativa a la constitución de la relación jurídico procesal» en este tipo de procedimientos «en relación con el titular de la finca que ha inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad». 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.

Resolución de 7-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro de la Propiedad de Aoiz, número 1

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO A TODOS LOS DEUDORES.

El requerimiento de pago es necesario efectuarlo a todos los deudores, además de al hipotecante no deudor y tercer poseedor si los hubiere, cualquiera que sea la relación de mancomunidad o solidaridad que mantengan respecto al crédito, sin perjuicio de que en este último caso la demanda pueda interponerse contra cualquiera de ellos según el artículo 542.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes citado. En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 12 de enero de 2015 señala: «A la hora de valorar tales circunstancias se ha de obrar con cautela, pues si solo se atiende a la efectiva indefensión con relevancia constitucional, relegando los defectos de forma en los actos procesales, se corre el riesgo de tolerar una sistemática violación de las normas procesales por trasladar plenamente la doctrina constitucional a la de la jurisdicción ordinaria». Por lo tanto la falta de demanda contra el deudor y en cualquier caso la ausencia del requerimiento de pago al mismo supone la infracción de un trámite esencial del procedimiento que podría dar lugar a su nulidad, teniendo en cuenta la rigidez de los trámites del mismo y la necesidad de cumplir los requisitos de requerimiento y notificaciones previstas en la Ley y en consecuencia es obligación del Registrador apreciar su cumplimiento. En cuanto al requerimiento de pago, además, si no se acredita su realización al presentar la demanda, en el mismo auto en el que se despache la ejecución se ordenará que se requiera de pago al deudor y en su caso al hipotecante no deudor o al tercer poseedor.

Resolución de 13-7-2017
(*BOE* 2-8-2017)
Registro de la Propiedad de Vélez-Málaga, número 1

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: OPOSICIÓN DE ALGÚN INTERESADO.

Hay que recordar la reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. «Vistos») según la cual «cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015». Uno de los principios de esta nueva regulación de la jurisdicción voluntaria es que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, tal y como se destaca en la Exposición de Motivos de la citada Ley 15/2015 o su artículo 17.3. La cuestión de la oposición

se contempla en la regla sexta del artículo 203 que permite de forma clara la posibilidad de intervención en el procedimiento de los interesados así como el modo de proceder en caso de oposición. 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. Corresponde al Notario valorar en cada caso si la oposición se encuentra debidamente fundamentada, conforme a lo expuesto, a efectos de poder continuar el procedimiento o concluir el mismo.

Resolución de 13-7-2017.
(*BOE* 2-8-2017)
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 3

HIPOTECA: SUBSANACIÓN DE UNA ESCRITURA YA INSCRITA.

El Registrador de la Propiedad al calificar los documentos inscribibles ha de tener en cuenta no solo la simple y pura literalidad de los términos empleados en su redacción, sino la intención evidente de los otorgantes, reflejada en el negocio documentado y en los documentos que le complementen y acompañen. La valoración global de lo querido por las partes, tanto desde el punto de vista negocial como del formal de la rogación de la inscripción, debe hacerse en el sentido más adecuado para que produzca efectos, debiendo operar también la interpretación lógica y la sistemática o contextual. Partiendo de este entendimiento es evidente que, en el presente supuesto, la intención de la entidad presentante es la de la inscripción de la hipoteca en los términos que resultan de la diligencia de rectificación. La escritura cuya suspensión de inscripción es objeto de este recurso ya fue suspendida su inscripción por razón de vulnerar la cláusula de intereses moratorios y el concepto correspondiente a los mismos en la constitución de hipoteca, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 (dos puntos porcentuales por encima del interés ordinario pactado), y que habiéndose solicitado por instancia la inscripción parcial de la hipoteca sin dicha cláusula y responsabilidad hipotecaria, la misma se practicó el día 5 de septiembre de 2016 con omisión de la cláusula relativa a los intereses moratorios y del concepto de la responsabilidad hipotecaria que los garantizaba. La ineficacia de la cláusula de intereses moratorios contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se impone coactivamente al acreedor profesional como una sanción; nada puede, en consecuencia, subsanarse, rectificarse, aclararse o integrarse, porque la cláusula como tal deja de existir y solo un nuevo acuerdo negociado entre las partes puede posibilitar el acceso registral de un pacto sobre esa materia, pero esa cláusula recogerá un pacto nuevo y totalmente desligado del anterior. Lo procedente es presentar el correspondiente instrumento público que contenga el consentimiento expreso de ambas partes contratantes acerca de la novación del préstamo hipotecario y del concreto contenido de las cláusulas que vayan a sustituir a aquellas cuya inscripción se omitió. Y, aunque se considerara que no se trata de modificación sino de una subsanación o rectificación, sería aplicable el procedimiento previsto en los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, y la rectificación exigiría también el consentimiento de los titulares registrales de los derechos reales afectados o, en su defecto, resolución judicial de ser esta procedente. Debe tenerse en cuenta, como señala el Notario recurrente, que más allá de su contenido específico, la naturaleza jurídica for-

mal que haya de otorgarse a las diligencias notariales vendrá determinada por la propia naturaleza jurídica del documento al que complementan o subsanan, del que vendrán a formar parte. Y, en lo tocante a su idoneidad material debe reiterarse una vez más el criterio de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 4 de noviembre de 2000, 19 de octubre de 2011 y 5 de mayo de 2015), acerca de que la denominación que se atribuya a un determinado documento notarial no desvirtúa la verdadera naturaleza de este, que debe calificarse en atención a su contenido y no al nombre que se le haya dado. Por tanto, siempre que las diligencias de que se trata sean otorgadas por los contratantes, por sí mismos o debidamente autorizados para el concreto y real acto jurídico que se documenta, y contengan todos los requisitos antes indicados, constituirán vehículo hábil para la inscripción de la modificación del préstamo hipotecario.

Resolución de 13-7-2017
(*BOE* 2-8-2017)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1

AGRUPACIÓN: BASE GRÁFICA.

Es doctrina de este Centro Directivo que 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. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan los motivos que a juicio de la Registradora impiden la inscripción de la agrupación, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada. Esta Dirección General con anterioridad se ha pronunciado (*vid.* Resoluciones citadas en «Vistos») sobre cuál haya de ser el régimen aplicable a supuestos de modificaciones de entidades hipotecarias como el de la agrupación aquí planteado cuando el asiento de presentación se practique tras la entrada en vigor, el día 1 de noviembre de 2015, de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015. La novedad esencial que introduce la reforma en esta materia estriba en que conforme al nuevo artículo 9 de la Ley Hipotecaria, la inscripción habrá de contener, necesariamente, entre otras circunstancias, «la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». Es cierto que en buena parte de los casos a los que alude el párrafo primero del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria resulta imprescindible aportar una base gráfica específica de la finca o fincas resultantes. Sin embargo, no debe olvidarse que la citada Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015 también establece en el párrafo tercero de su apartado octavo que: «Cuando la coordinación se produzca entre una finca registral y varias parcelas catastrales por corresponderse con el perímetro de todas ellas, en el folio real y en la publicidad registral se hará constar dicho extremo así como las referencias catastrales de los inmuebles y la representación gráfica de cada

una de las parcelas catastrales con cuyo conjunto se corresponde la finca». Por ello, ningún obstáculo debe haber para inscribir la agrupación recogida en la escritura calificada, inscribiendo las bases gráficas catastrales de las dos parcelas que se agrupan. Aunque es conveniente rectificar la descripción literaria contenida en el título para mayor exactitud del mismo, en cumplimiento de lo prescrito en los artículos 170.1 del Reglamento Notarial y 18.2 b) del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario; lo cierto es que la Ley Hipotecaria no impone la total coincidencia descriptiva salvo en los supuestos de inmatriculación (cfr. arts. 203 y 205 Ley Hipotecaria). Y todo ello sin perjuicio de que, conforme al párrafo séptimo del artículo 9.b), al practicarse la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que consta en la descripción literaria y notificándose por el Registrador el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos.

Resolución de 13-7-2017
(*BOE* 2-8-2017)
Registro de la Propiedad de Arrecife

EXPEDIENTE DE DOMINIO JUDICIAL PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: REQUISITOS.

La actuación del Registrador es plenamente correcta en este aspecto, siguiendo la doctrina que ya ha puesto de manifiesto esta Dirección General en Resoluciones de 16 de enero de 2008, 17 de junio de 2010 y 11 de noviembre de 2015, en la que se deja sentada la posibilidad de expedir calificaciones negativas sucesivas ante un contenido documental diverso que permite apreciar nuevos defectos. Debe partirse de la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») en virtud de la cual el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del Registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas. 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. Las Resoluciones de 14 de abril y 10 de noviembre de 2016, matizaron esta doctrina para los casos en los que el promotor del expediente adquirió, no de todos, sino solo de alguno o algunos de los herederos del titular registral. En el presente caso, la adquisición por los promotores se realiza por título de herencia de quien adquirió del titular registral, constando la adquisición del promotor documentada en escritura pública. Por tanto únicamente falta la elevación a público de un documento privado en el que interviene uno de los titulares registrales y, en lugar de su cónyuge —que es el otro titular registral (y por haber fallecido, según se afirma en el recurso)—, los hijos de ambos. Por ello, faltando solo la elevación a público de un documento, no existe una verdadera interrupción del tracto. No obstante, 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. En cuanto al segundo defecto, 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 titular registral, catastral y, en su caso, poseedor de hecho, de los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 13-7-2017
(*BOE* 2-8-2017)
Registro de la Propiedad de Martos

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). Por tanto, para poder inscribir el 100% de la nuda de la finca a favor de don G. y doña M.F.G.M., será preciso inmatricular la otra mitad indivisa, no siendo suficiente el título presentado al objeto de lograr dicha inmatriculación.

Resolución de 14-7-2017
(*BOE* 4-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 27

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INSCRIPCIÓN CORRELATIVA DE LOS TÍTULOS. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: EXTINCIÓN DEL PODER.

Debe recordarse que la inmatriculación se refiere conforme a lo dispuesto en los artículos 7, 198 y 199 de la Ley Hipotecaria al primer acceso tabular de una finca que no hubiera sido inscrita con anterioridad, por lo que en el presente expediente debe concluirse que en ningún caso procedería solicitar la inmatriculación de un inmueble que ya consta debidamente inscrito, siendo procedente en su caso titular e inscribir las sucesivas transmisiones dominicales relativas al mismo conforme a lo dispuesto en los artículos 3 (titulación pública) y 20 (tracto sucesivo) de la Ley Hipotecaria. De no lograrse así la inscripción lo procedente sería instar un procedimiento de reanudación de tracto sucesivo en los términos regulados por la legislación hipotecaria, pero en ningún caso una inmatriculación de una finca ya inscrita (cfr. art. 203 de la Ley Hipotecaria). Como ha dicho este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en el «Vistos»), otorgado un documento privado de venta por medio de representante, la atribución de forma pública del mismo incumbe al representado, pues es en su esfera jurídica donde despliega todos sus efectos el negocio realizado por el representante (*vid.* arts. 1717, 1725 y 1727 del Código Civil); es dicho representado o, en su caso, sus herederos, (cfr. art. 1257.1 del Código Civil), quienes asumen y a quienes se debe exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre la que está la de formalizar debidamente el contrato (*vid.* arts. 1279 y 1280 del

Código Civil). Lo que ocurre es que, mientras el poder esté vigente, puede el representante, en nombre del poderdante, proceder a la elevación a público del contrato privado. Mas, una vez extinguido el poder, como ha ocurrido en este caso por el fallecimiento del poderdante (*vid.* art. 1732.3 del Código Civil), el exapoderado carece de legitimación para vincular al poderdante con su actuación, y, en consecuencia, la formalización pública del contrato debe ser realizada por los herederos de este.

Resolución de 14-7-2017
(*BOE* 4-8-2017)
Registro de la Propiedad de Martorell, número 2

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA CATALANA DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009. RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LA DGRN Y CATALUÑA.

Con carácter previo se plantean en el recurso dos cuestiones formales que es necesario abordar: a) el órgano competente para resolver el recurso (la Dirección General de Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia o la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña) dado que el fundamento de derecho de la denegación registral se apoya, en cuanto a las dos cuestiones principales, en sendos artículos del Código de consumo de Cataluña y b) la posibilidad de utilización en la calificación registral de una norma dictada por una Comunidad Autónoma cuando existe una aparente vulneración de las competencias constitucionales sobre la materia, y sus efectos sobre la inscripción mientras tal norma esté vigente. No cabe duda que la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. Como ha declarado este Centro Directivo, cuando las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten, de forma exclusiva, en normas de Derecho catalán o en su infracción deberán remitir el expediente formado a la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, aun cuando se hayan interpuesto ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. Por el contrario, cuando la calificación impugnada o los recursos se fundamenten además, o exclusivamente, en otras normas o motivos ajenos al Derecho catalán, como es el caso, el Registrador deberá dar al recurso la tramitación prevista en la Ley Hipotecaria y remitir el expediente formado a la Dirección General de los Registros y del Notariado en cumplimiento del artículo 324 de la Ley Hipotecaria. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán. Por Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 12 de abril de 2016, en relación con el recurso de inconstitucionalidad número 5459-2015, interpuesto por el Gobierno contra los artículos 3, 8, 13, 17, 18.2 y 20 y la disposición adicional primera de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, se acordó mantener la suspensión, declarada por Providencia del

Tribunal Constitucional de 6 de octubre de 2015, de la aplicación de determinados artículos de la misma (arts. 17 y 20), y levantar tal suspensión en cuanto al resto, entre ellos el artículo 13 que añade un nuevo apartado 4 al artículo 251.6 de la Ley 22/2010 relativo a cuando se consideran abusivas las cláusulas relativas a los intereses moratorios y remuneratorios. En consecuencia, en tanto no se resuelva el citado recurso de inconstitucionalidad tal artículo debe ser aplicado dentro del ámbito que le es propio y con el alcance registral que le corresponda. El artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define la condición de «consumidor» como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional», y como «profesional» a «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». En esa misma línea está la regulación recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Partiendo de estas definiciones es evidente que en el presente supuesto el matrimonio formado por doña B. G. F. y don M. M. F., propietarios del local comercial hipotecado y únicos titulares del negocio «A. B.» según la escritura calificada, negocio al que se destina la maquinaria respecto de cuya compra se ha concedido el préstamo, no tiene la condición de consumidores pues actúan dentro del marco de su actividad empresarial. Pero el ámbito de aplicación de la normativa de protección de consumidores no se limita a las personas deudoras principales del crédito, verdaderos beneficiarios del mismo, ni atiende solamente al destino o finalidad por la que el mismo se concede, sino que su aplicabilidad se extiende a aquellos supuestos en que interviene un fiador, avalista o garante en general que, siendo consumidor, procede a garantizar un préstamo concedido a un no consumidor, porque para la determinación del carácter de consumidor del garante se atiende a las partes que intervienen en el contrato de garantía o de fianza y no en el contrato principal. De conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el actual criterio mayoritario de los órganos jurisdiccionales españoles se inclina por aplicar, al amparo del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, directamente la citada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia, acudiendo, como presupuesto previo para la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, a la indagación acerca de la condición del fiador o hipotecante de deuda ajena, en su relación con el objeto garantizado o con su actividad profesional pues, como hemos visto, la condición de consumidor del garante no viene determinada por razón de la naturaleza de la obligación garantizada con la fianza. En el ámbito estrictamente hipotecario es de destacar la doctrina sentada por esta Dirección General, referida al ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Orden EHA 2889/2011 de transparencia y protección de clientes de servicios bancarios, de hacer extensiva la protección que al consumidor prestatario dispensan tales normas (persona física que grava una vivienda de su propiedad), también al hipotecante no deudor persona física que grava una vivienda de su propiedad en garantía de una deuda ajena, aunque el deudor fuera una entidad mercantil y el préstamo fuera destinado a su actividad mercantil, comercial o profesional. Esta conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que tales personas sean deudores solidarios en vez de fiadores o avalistas, porque esa condición suele ser una imposición de las entidades

financieras para obtener una mayor garantía para la deuda, y como tal no puede menoscabar los legítimos derechos de los consumidores (art. 86 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), sin perjuicio de la posible prueba en contrario que corresponde al acreedor. Como regla general, se estima que si la determinación de la aplicación de las normas uniformes sobre cláusulas abusivas debe apreciarse, como se ha explicado anteriormente, en atención a la calidad con la que los intervinientes actúan en el contrato de garantía (se encuentre este incorporado al contrato de préstamo o se pacte posteriormente), el control de abusividad o de contenido del mismo debe circunscribirse a sus concretas cláusulas, pero no extenderse a las cláusulas específicas del contrato principal de préstamo garantizado, a la que le será aplicable la normativa que corresponda en atención, igualmente, a la condición de sus partes contratantes. Una excepción a esta regla vendría constituida, como ocurre en el presente supuesto, por la concurrencia en el garante de la condición de codeudor solidario no beneficiario del préstamo, pues en tal caso su carácter de parte en el contrato principal hace tránsito a la normativa aplicable a los consumidores en cuanto que estos, en caso contrario, se verían abocados, desde el inicio, al pago de cantidades que con arreglo a aquella no le serían exigibles. En este ámbito mixto, aunque referido a contratos en que el préstamo va destinado en parte a una finalidad profesional y en otra parte a una finalidad privada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentado la doctrina de la aplicación de la normativa de consumidores. Por tanto, en los contratos de fianza en garantía de un préstamo o crédito, las cláusulas que definen o delimitan el riesgo garantizado (las del préstamo) y el propio compromiso del fiador, forman parte del objeto mismo del contrato de garantía y, en tal concepto, no son susceptibles de apreciación de su carácter abusivo, que no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; pero sí deben ser objeto del resto de los controles propios de la legislación sobre consumidores, en cuanto que el cumplimiento de los requisitos del proceso legal de contratación forma parte de la necesaria y adecuada comprensión por parte del fiador-consumidor acerca de los riesgo que asume y de su cuantificación. Por último, en cuanto a si le son exigibles a la parte beneficiaría de la garantía, el acreedor profesional en el contrato principal que no es una entidad de crédito, los requisitos que para el ejercicio de esta actividad establece la Ley 2/2009, como se viene analizando, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea extiende todas las medidas encaminadas a la protección de los consumidores a cualesquiera otros contratos concertados con consumidores de superposición de garantías respecto de los préstamos, teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre el contrato de crédito y la fianza o la hipoteca constituidas en garantía de su ejecución. El primer defecto de la nota de calificación alude al incumplimiento por parte del notario autorizante de lo dispuesto en el artículo 123-10 número 2 del Código de consumo de Cataluña. La cuestión que se plantea con este defecto es si la omisión en la escritura de constitución de la hipoteca de haberse suministrado por parte del Notario autorizante la información a que se refiere el número 2 del indicado precepto, por sí sola, es motivo suficiente para suspender la inscripción de la hipoteca pactada, lo que hace preciso analizar el alcance de la calificación registral a estos efectos y la concreta naturaleza de las obligaciones recogidas en el indicado artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña. A este respecto ya ha tenido esta Dirección General ocasión de manifestarse en Resoluciones como las de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014 o 22

de enero, 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, en el sentido 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 viviendas, o en las que estas sean garantes, «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 —Orden EHA 2899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.—». Pues bien, estos mismos criterios han de aplicarse al artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña, que, además, no ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad antes citado, ya que en él concurre la consideración de su aplicabilidad al supuesto concreto objeto de este expediente. Por tanto, sin prejuzgar la falta de otros requisitos de la contratación con consumidores según lo expuesto en los fundamentos de derecho anteriores, en cuanto a este defecto el recurso debe ser desestimado, excepto en lo referente a la información relativa al arbitraje de consumo y a los demás mecanismos extrajudiciales de resolución de los conflictos que son consecuencia de no atender las obligaciones derivadas del contrato, que debe ser estimado en este concreto aspecto. Respecto a la aplicabilidad del límite que a los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios impone el artículo 251-6, número 4, del Código de consumo de Cataluña, a primera vista parece que esta materia de la fijación de los límites de los intereses moratorios en las escrituras de préstamo y crédito hipotecario y la determinación de los criterios para apreciar la abusividad de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores, correspondería según los títulos competenciales analizados en el fundamento de Derecho tercero a la legislación estatal. Ahora bien, el Registrador de la Propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso gubernativo el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. De lo dispuesto en el 114 de la LH se infiere que la limitación a los intereses moratorios solo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipoteca constituyera su domicilio habitual, y en tales casos el Registrador solo podrá rechazar su inscripción si superan como es el caso el límite de objetivo de abusividad fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016 de dos puntos por encima del tipo remuneratorio pactado. Por su parte el artículo 251-6, número 4, letra a), del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se consideran abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato»; lo que implica un ámbito de aplicación diferente ya que comprende todos los préstamos o créditos hipotecarios

cualesquiera que fuera su finalidad o la naturaleza de la finca hipotecada. Como ya se resolvió en las Resoluciones de 25 de septiembre y 8 y 9 de octubre de 2015, entre otras, sí sería aplicable, en la medida que en el momento de su otorgamiento (15 de diciembre de 2016) se había levantado la suspensión de la aplicabilidad de la norma derivada de la presentación del recurso ante el Tribunal Constitucional (fundamento de Derecho segundo), y a que no parece incompatible en este extremo, la citada norma autonómica catalana. Pues bien, esta norma catalana sí es vulnerada. Además, se pactan en la estipulación tercera un interés ordinario del 12% nominal anual, también durante toda la vida del préstamo, es decir, superior al interés moratorio máximo que se puede pactar, lo que constituye también un defecto por aplicación de la doctrina de esta Dirección General, plasmada, entre otras, en las Resoluciones de 22 de julio de 2015 y 10 de febrero de 2016, que señala que por su propia naturaleza el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato. En este mismo sentido se han manifestado las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril y 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero y 3 de junio de 2016 que, considerando que se debe evitar que los intereses ordinarios sean superiores a los moratorios, fija como doctrina jurisprudencial, la primera de ellas para los préstamos personales y la última para los préstamos hipotecarios, que en los contratos de préstamo concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. La inscripción en el Registro especial de prestatarios profesionales no entidades de crédito. Como señalan entre otras las Resoluciones de 4 de febrero, 13 de julio y 28 de julio de 2015 y 10 de marzo y 1 de julio de 2016, el carácter de habitualidad en la concesión de préstamos no tiene una definición precisa en la legislación en general ni en la específica, siendo las diferentes normas que, de un modo u otro, aluden a este término las que en ocasiones han fijado criterios objetivos para considerar la existencia de tal carácter (por ejemplo la legislación fiscal para entender como habitual un domicilio). Fuera de estos supuestos la resolución de la controversia sobre el carácter habitual o no de una actividad solo puede producirse por la valoración de las pruebas existentes en uno u otro sentido. Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el Registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente. En el supuesto objeto de este expediente se considera que la concesión de varios créditos vigentes (no se precisa su número), constituye prueba objetiva suficiente de la habitualidad en el ejercicio de tal actividad, circunstancia que si bien no convierte al prestamista en profesional, justifica la denegación de la inscripción registral mientras no exista prueba en contrario, correspondiendo al acreedor la carga de la prueba, tanto del cumplimiento de los requisitos legales o su no necesidad —artículo 8 de la Ley 2/2009— como, en su caso, de la concurrencia de negociación individual en torno a las cláusulas de los contratos en que intervenga un consumidor —artículo 82.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Resolución de 14-7-2017
(*BOE* 4-8-2017)
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real

OBRA NUEVA: TÍTULO FORMAL. OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 10 de noviembre de 2016, la escritura pública no es el único título formal en el que puede declararse la existencia de edificaciones para su constancia registral. El nuevo artículo 202, tras la citada Ley 13/2015, dispone que «las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación. En todo caso, habrán de cumplirse todos los requisitos que hayan de ser objeto de calificación registral, según la legislación sectorial aplicable en cada caso». En cuanto al cumplimiento de los requisitos urbanísticos para inscribir la ampliación de la edificación, el artículo 28.4 de la Ley de Suelo permite la inscripción de edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, cuando ello se acredite (entre otros medios posibles) mediante certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en la que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título. En el presente caso en la certificación catastral descriptiva y gráfica consta como año de construcción 1970. El Registrador en su calificación opone como único defecto que impide tomar en consideración esta certificación catastral la falta de coincidencia en los datos descriptivos de la edificación según consta en el título, respecto a los que figuran en la certificación catastral. Se observa, por tanto, como la superficie construida que consta en el título se corresponde exactamente con la superficie construida destinada a vivienda que figura en la certificación catastral, siendo la diferencia con la total superficie construida la parte destinada a soportales, resultando todo ello de la propia certificación catastral. Por tanto, se aprecia la identidad de la edificación según el título calificado con la que figura en la certificación catastral, motivo por el que el defecto apreciado por el Registrador, tal y como se formula, no puede mantenerse.

Resolución de 17-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 52

HERENCIA: DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DE UNA LEGITIMARIA.

Se alega por el recurrente que no está determinada la filiación de la legataria respecto del causante ya que no consta inscrita, y además porque doña M. D. tiene otra filiación contradictoria legalmente determinada. El testamento del que resulta el reconocimiento es el medio para determinar la filiación y la inscripción en el Registro Civil es el título de legitimación por excelencia: facilita la prueba de la filiación y acredita que la filiación ha sido determinada. En el

supuesto de este expediente, doña M.D. tiene el medio de prueba para determinar la filiación, que resulta del testamento en el que se hace el reconocimiento; pero carece del título legitimador de la filiación paterna determinada, ya que no ha causado inscripción. El artículo 123 del Código Civil dice que «el reconocimiento de un hijo mayor de edad no producirá efectos sin su consentimiento expreso o tácito». Así pues, como el reconocimiento subsiste aunque se revoque el testamento, debemos entender que el efecto de la muerte como «*condictio facti*» para la validez del testamento no funciona respecto del reconocimiento y, por tanto, su efecto es, desde el mismo momento del otorgamiento, lo que hace excepción con respecto a otras cláusulas del testamento. En consecuencia, el reconocimiento testamentario producirá sus efectos de forma inmediata desde la fecha del otorgamiento. Pero no causará inscripción de filiación determinada sino hasta que conste el consentimiento expreso o tácito del reconocido. Así, el artículo 123 del Código Civil, subordina la eficacia del reconocimiento de un hijo mayor de edad a su consentimiento expreso o tácito. El sentido de este precepto es que para la determinación de la filiación que surge del reconocimiento, es preciso el consentimiento expreso o tácito del reconocido mayor de edad, y una vez determinada la filiación, realizar la inscripción y dar comienzo a los plazos para la impugnación en su caso, que recogen los artículos 137 y 140 del Código Civil. Centrados en este expediente, en cuanto al procedimiento presentado para división de herencia y que dio lugar a un auto declarando que devino inadecuado el procedimiento, en el supuesto que nos ocupa, al documento presentado se acompañó un acta de comparecencia judicial en la que la hija reconocida, por un lado, no impugnó el reconocimiento efectuado y se limitó a decir que la demanda estuvo mal interpuesta, ya que la misma se dirigió contra «Doña M.D.N.P.», siendo sus apellidos correctos «P.D». Conviene recordar que el reconocimiento no produce automáticamente el cambio de apellidos de la hija reconocida, sino que ese cambio no se producirá hasta la inscripción de la filiación en el Registro Civil (art. 49 de la Ley de Registro Civil) advirtiendo la propia Ley, que el hijo reconocido puede conservar los apellidos anteriores a la rectificación de la filiación (art. 53 de la Ley de Registro Civil). La resolución judicial en la que el recurrente y Notario fundamentan sus escritos, es un auto dictado en un procedimiento de división de herencia en la que el Juez, a instancia de la demandada, declara la nulidad de las actuaciones ya que la demanda ha sido dirigida contra una persona que, tal y como ha sido designada, no existe; porque, hasta que la filiación no se inscriba, doña M.D. no adquirirá los apellidos paternos. Pero esto en modo alguno puede interpretarse en el sentido de que la filiación de doña M.D. no pueda ser legalmente determinada, ya que el reconocimiento hecho por su padre en el testamento, mientras no sea impugnado, es válido, si bien su eficacia depende del consentimiento expreso o tácito de la reconocida. En consecuencia, estando abiertos y pendientes todos los derechos de filiación de doña M.D., no puede más que sostenerse su posición como legitimaria, sin que pueda practicarse la partición sin la concurrencia de la misma. Tampoco puede afirmarse que, por el simple hecho de haberla citado en el procedimiento judicial, sus derechos legitimarios hayan sido salvaguardados puesto que, como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo, al ser la naturaleza de la legítima «*pars bonorum*», la misma atribuye al legitimario derecho a una porción del haber hereditario que debe ser pagado con bienes del caudal, lo cual hace imprescindible su concurrencia en la partición de la herencia.

Resolución de 17-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3

REFERENCIA CATASTRAL: RECTIFICACIÓN.

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 de la Registradora rechazándose cualquier otra pretensión basada en documentos no presentados en tiempo y forma.

Como ha puesto de relieve esta Dirección General en distintas Resoluciones (*vid.*, por todas, la de 4 de diciembre de 2013) la referencia catastral de la finca solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto, la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral. En consecuencia, y según resulta del título presentado, habiendo quedado debidamente justificado que no existen diferencias de superficie superiores al 10% entre la cabida inscrita y la catastral, y que tampoco existen diferencias en cuanto a la denominación del sitio o paraje de la finca y su naturaleza, es por lo que debe afirmarse la procedencia de dicha rectificación. En base a los hechos expuestos, hay que poner de manifiesto que nos encontramos ante un caso de inexactitud en el Registro, al reflejar una referencia catastral que no se corresponde con la realidad.

Resolución de 17-7-2017
(*BOE* 2-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 22

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: TRASLADO A PAPEL DE COPIAS ELECTRÓNICAS DEL PODER.

De la reseña que hace el Notario autorizante resulta que la acreditación de la representación se le hace en virtud de documento de traslado a papel de la copia autorizada telemática (sic), llevada a cabo por determinado Notario. Por lo que se refiere a las copias autorizadas electrónicas y su traslado a papel, el régimen legal es el contenido en el artículo 17 bis de la Ley del Notariado. De la regulación legal expuesta resulta, en lo que ahora interesa, que las copias autorizadas electrónicas solo pueden librarse por el Notario autorizante para su remisión a otro funcionario (Notario, Registrador u otro); y que el destinatario solo puede utilizar la copia electrónica en el ámbito de su competencia, por razón de su oficio y para la concreta finalidad para la que se ha solicitado, circunstancia que debe resultar de la misma. También resulta que únicamente el traslado a papel de la copia autorizada llevado a cabo por el Notario de destino tiene el valor previsto para los documentos notariales en contraposición a los traslados a papel hechos por otros funcionarios que agotan su valor y efectos en el expediente para el que han sido remitidos. De esta regulación, plenamente

vigente, resulta con absoluta claridad que la copia autorizada electrónica no solo está limitada, en cuanto a su utilización, por la finalidad para la que ha sido expedida por el Notario autorizante y remitente sino que, además, solo puede ser utilizada de forma válida por el Notario a quien se remite, la traslade o no a papel. El Notario de destino puede utilizar la copia autorizada electrónica para redactar su propio instrumento público, protocolarizar sin necesidad de trasladarla a papel o trasladándola a papel y protocolarizándola a continuación de aquel. Este traslado a papel que lleva a cabo el Notario de destino no es una copia autorizada y, en consecuencia, no está destinado a servir de título en el tráfico jurídico sino a otras finalidades como puede ser la de guardar memoria de la existencia de la matriz. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho que provoca la presente resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. De los hechos resulta que el notario autorizante del documento presentado en el Registro de la Propiedad lleva a cabo el juicio de suficiencia relativo a dos de las personas a quienes un otorgante representa en base a un traslado a papel de copia autorizada electrónica que ha realizado otro Notario. Dicho traslado a papel carece de la condición de copia autorizada y, en consecuencia, y de conformidad con la continua doctrina al respecto de esta Dirección General de los Registros y del Notariado no puede servir de base al juicio notarial de suficiencia (*vid.* Resolución, entre otras muchas, de 10 de octubre de 2016). No puede entenderse cumplimentado el inciso inicial del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, porque la reseña no se ha llevado a cabo en base a la exhibición de una copia autorizada.

Resolución de 18-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Escalona

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y 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). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. En el presente expediente estamos ante un error material cometido en el segundo apellido de la interesada ya que, según resulta de la documentación aportada (escritura de herencia de don J.P.N., escritura de herencia de doña J. del C.R., certificado de nacimiento de doña M.J.P. del C. y su DNI), resulta acreditado que el segundo apellido de la recurrente es «del C.» y no «C.» como consta en el Registro.

Resolución de 18-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Marbella, número 1

HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Como ya dijera la Resolución de 31 de julio de 1989, siendo la regla general de nuestro ordenamiento que las inscripciones solo pueden cancelarse por consentimiento del titular registral o por resolución judicial firme, cualquier otro supuesto ya sea convencional (párrafo segundo del art. 82) o no (párrafo quinto) solo será de aplicación cuando resulte de manera clara, precisa e indubitada que concurren los requisitos legalmente previstos. En concreto y por lo que se refiere al supuesto de cancelación sin consentimiento del titular registral y sin sentencia firme a que se refiere el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, este Centro Directivo ha reiterado que para que opere es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, plazo al que en el mismo precepto legal añade el año siguiente, durante el cual no deberá resultar del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca. Siendo pacífico que el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción derivada de la hipoteca es el de veinte años por así disponerlo tanto el Código Civil (art. 1964) como la Ley Hipotecaria (art. 128), la cuestión se centra en determinar por un lado el «*dies a quo*» y por otro que no se produce ninguna de las circunstancias que alteren el cómputo como la renovación o la interrupción de la prescripción (art. 1973 del Código Civil). En el supuesto de hecho que provoca la presente no se dan las circunstancias que permitan cancelar el asiento de hipoteca sin consentimiento del titular registral y sin resolución judicial firme. Del Registro resulta que, aunque el plazo de las obligaciones garantizadas con hipoteca se estableció en un año desde el otorgamiento de la escritura, se pactó su prórroga facultativa por plazo de diez años (que se cumplirían el día 8 de marzo de 2001).

Resolución de 19-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Benissa

MENCIONES: NO PUEDEN ACCEDER AL REGISTRO.

En el presente caso, se pretende que se inscriba en el Registro de la Propiedad un derecho real de servidumbre de paso entre dos fincas, pero en lugar de presentar el título constitutivo de dicha servidumbre de paso, otorgado por el titular del predio sirviente, o declarado por sentencia en procedimiento en el que dicho titular hubiera sido parte, como sería lo procedente, simplemente se aporta una escritura en la que los compradores y vendedores del supuesto predio dominante rectifican la escritura inicial de compraventa para mencionar ahora la supuesta existencia de tal servidumbre de paso a su favor, y que supuestamente gravaría otra finca distinta como predio sirviente. Por tanto, estamos ante la

simple mención de un derecho real (el de servidumbre de paso) susceptible de inscripción separada y especial. Y registralmente no es procedente mencionar en la inscripción del supuesto predio dominante la supuesta existencia de una servidumbre de paso a su favor, salvo que previamente se proceda a la inscripción formal de dicho derecho real como gravamen sobre el predio sirviente. En tal caso, sí que prevé el artículo 13 de la Ley Hipotecaria que «las servidumbres reales podrán también hacerse constar en la inscripción del predio dominante, como cualidad del mismo». A este respecto, debe recordarse, como ya señaló la resolución de este Centro Directivo de 28 de octubre de 2013, que el artículo 29 de la Ley Hipotecaria dispone que «la fe pública del Registro no se extenderá a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial». En el presente caso, no constando inscrito dicho derecho real de servidumbre de paso sobre el predio sirviente, ni habiéndose presentado al Registro de la Propiedad el título constitutivo o declarativo de tal servidumbre, es claro que procede denegar la mención registral de dicha supuesta servidumbre en el folio real del supuesto predio dominante.

Resolución de 19-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO DE RECTIFICACIÓN DE CABIDA: CERTIFICACIÓN CATASTRAL DESCRIPTIVA Y GRÁFICA.

En el presente caso, el expediente de dominio se inició en abril de 2015, y, por tanto, como señala la recurrente, y coincide también en ello el Registrador, le resulta plenamente aplicable la regulación anterior a la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 13/2015. Es cierto que con relación a los expedientes de dominio, el Reglamento Hipotecario tan solo preceptúa que también podrán inscribirse los excesos de cabida en virtud de expediente de dominio conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en este Reglamento, o en virtud del acta de presencia y notoriedad regulada en la legislación citada anteriormente sobre referencia catastral, pero sin exigir expresamente la certificación catastral descriptiva y gráfica. Pero la superior jerarquía normativa de la Ley 13/1996 y la propia consideración por el Reglamento de los excesos de cabida superiores a la quinta parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (al considerarlos solo como rectificación de superficie cuando son inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita), en los que sí es exigida expresamente la certificación catastral, debe concluirse la necesidad de su aportación en aquellos supuestos —como ocurre en el caso de este expediente— en el que el exceso de cabida que se pretende exceda de la quinta parte de la cabida inscrita. Por tanto, en el presente caso, en el que el procedimiento para la rectificación descriptiva de la finca se ha tramitado conforme a la legislación anterior, pero se ha presentado bajo la vigencia de la nueva redacción legal, el defecto podrá subsanarse, bien procediendo a efectuar la correspondiente alteración catastral en términos coincidentes con la descripción que resulta del título o bien mediante la aportación de una representación gráfica georreferenciada alternativa de la finca, para cuya inscripción deberá cumplirse con lo previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Respecto del segundo defecto, tiene razón la recurrente, y así se lo reconoce el Registrador en su informe matizando su nota de calificación, que,

como señaló este Centro Directivo en su Resolución de 10 de noviembre de 2016, la escritura pública no es el único título formal en el que puede declararse la existencia de edificaciones para su constancia registral. Y, en efecto, aun cuando el auto judicial es título formalmente hábil para obtener la inscripción de un aumento de superficie construida, en el presente caso, con la simple documentación presentada, no constan acreditados diversos extremos necesarios, por ejemplo, y de modo destacado, pero sin ánimo de ser exhaustivos, si la inscripción de la mayor edificación se pretende conseguir acreditando su adecuación a la legalidad urbanística o simplemente la prescripción de las acciones para la posible demolición de edificaciones ilegales antiguas, (aportando los documentos necesarios en cada hipótesis). Tampoco consta especificado si la edificación tiene una sola planta o varias, y en tal caso, cual sea la superficie de cada una y la ocupada por la edificación, con las coordenadas de referenciación geográfica (cfr. art. 202 Ley Hipotecaria); ni consta acreditado si le resultan o no aplicables los requisitos exigidos por la Ley de ordenación de la edificación para su constancia registral.

Resolución de 19-7-2017.
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de La Seu d'Urgell.

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIAS DE CATALUÑA. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN. USUCAPIÓN: ACCESO AL REGISTRO.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de enero de 2014 en el recurso de inconstitucionalidad número 107/2010 planteado contra la Ley catalana 5/2009 entendió que todo lo no incluido en los términos estrictos del precepto competencial estatutario constituye competencia exclusiva e indisponible del Estado, que no puede ser menoscabada a partir de la competencia de la Comunidad Autónoma para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil propio, aun cuando hubiera sido objeto de regulación en el Derecho civil catalán; de donde se concluye que la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Respecto a los documentos no presentados a calificación, no pueden ser considerados por esta Dirección General para conocer del objeto del recurso. Respecto a la cuestión de fondo que se plantea en el presente expediente. Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.* por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria). La Resolución de 5 de diciembre de 2014 a propósito de una escritura pública para la inscripción de

la adquisición de dominio por usucapión acompañada de determinadas pruebas testificales y documentales, y un acta de reconocimiento de derecho admitió la posibilidad de modificar el contenido de la Resolución de forma no contenciosa o extrajudicial, pero para ello es preciso que las partes implicadas presten su consentimiento con los requisitos y en la forma prevista en el ordenamiento. La naturaleza contractual del consentimiento requerido de las partes nos reconduce a las circunstancias que exige el ordenamiento para la inscripción en la resolución de las modificaciones jurídico reales de origen negocial (art. 1809 del Código Civil en relación con los arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria). No se trata de poner en duda la existencia de los hechos puestos de manifiesto ante el Notario autorizante sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende que no puede quedar al arbitrio unilateral de quien pretende la inscripción (*vid.* Resolución de 1 de marzo de 2013). Serán los tribunales de Justicia, cuando se ejercite ante ellos la acción correspondiente y con la intervención —o al menos citación por la autoridad judicial— de la totalidad de los titulares registrales, quienes resuelvan una vez se obtenga sentencia firme la rectificación del contenido del Registro de la Propiedad (arts. 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 38 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 19-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Granada, número 2

HIPOTECA: CALIFICACIÓN CLÁUSULAS ABUSIVAS. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

Resultando indiscutido en el supuesto de hecho la condición de consumidores de la parte prestataria e hipotecante, es preciso recordar que esta Dirección General tiene elaborada una dilatada doctrina sobre las cláusulas abusivas, la protección de los consumidores y el Registro de la Propiedad. Con ánimo de aclarar esta cuestión, debe recordarse que el ámbito de la calificación del Registrador de la Propiedad en materia de abusividad, según la doctrina de esta Dirección General sintetizada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril y 25 de septiembre de 2015, le permite rechazar la inscripción de tales cláusulas: a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del Tribunal Supremo (con valor de jurisprudencia o casacional por provenir del Pleno de Sala), en cuanto fuente complementaría del derecho (art. 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario, y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el Registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios o bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como es

el artículo 114.3.º de la Ley Hipotecaria (respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación fijado por el Tribunal Supremo), con base en la doctrina de la nulidad «*apud acta*» recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013. La particularidad del presente caso es que, rectificada la escritura en los términos expresados, el Registrador vuelve a calificar negativamente por criterio de abusividad, pero no respecto de un pacto inscribible sino respecto del poder pactado en la escritura de préstamo hipotecario, en virtud del cual se ha llevado a cabo la rectificación (y que es, por definición, no inscribible, *vid.* Resolución de 10 de noviembre de 2016, entre otras). En concreto el Registrador la entiende subsumible en el supuesto contemplado en el artículo 85.3 a cuyo tenor tienen la condición de abusivas: «3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato». Esta Dirección General no puede compartir el criterio del Registrador pues el poder otorgado en su día, en los términos en que está redactado, no autoriza una actuación unilateral del prestamista; bien al contrario, implica una actuación bilateral en la que un solo otorgante actúa por cuenta de las dos partes contractuales, circunstancias que en sí misma no plantea problema alguno de aceptación conceptual como desde antaño reconoció la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la propia de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de fecha 21 de mayo de 1993 y 17 de noviembre de 2000). Es cierto que una cláusula como la analizada (frecuente en los préstamos hipotecarios), puede encubrir una situación de abusividad por implicar, de facto, una actuación encuadrable en los supuestos previstos de abusividad, pero la apreciación del conjunto de circunstancias que permita así afirmarlo escapa de la calificación del Registrador y precisaría, como quedó expuesto más arriba, de la declaración judicial de nulidad. Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resoluciones de 22 de octubre de 2012 y 22 de febrero y 9 de julio de 2014), para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Expuesto el marco conceptual en que hemos de movernos, el primer reproche que hace la nota de defectos del Registrador a la congruencia del juicio de suficiencia se refiere a la existencia de un conflicto de intereses entre el apoderado y los poderdantes que, a su juicio, no está salvado por la dispensa de autocontratación. En el supuesto que

da lugar a la presente los poderdantes, como una cláusula más del contrato de préstamo hipotecario y ante la eventualidad de que no se logre su inscripción en el Registro de la Propiedad, otorgan poder a la otra parte contratante para que, ejercidas por este las facultades conferidas referidas al propio contrato, se obtenga la inscripción. Es de esencia a la situación descrita la existencia de conflicto en cuanto el apoderado es la contraparte contractual, pese a lo cual se autoriza expresamente la autocontratación. De aquí que la calificación no pueda ser sostenida por este Centro Directivo al resultar de la propia escritura de préstamo aportada la dispensa otorgada por los poderdantes. Resta por analizar el segundo reproche que la calificación hace al juicio de congruencia pues según el Registrador, al referirse la actuación representativa a un elemento esencial del contrato, el pacto de intereses de demora y a su cobertura hipotecaria, resulta patente la insuficiencia de las facultadas conferidas, al ser preciso un consentimiento expreso que cubra aquella actuación. Lo que ocurre es que, en el presente caso mediante el poder referido (que, como se ha expuesto anteriormente, comporta una actuación bilateral en la que un solo otorgante actúa por cuenta de las dos partes contractuales) se presta ese nuevo consentimiento respecto de la cláusula debatida, en unos términos que no hacen sino acomodar el contrato —en ese elemento concreto— a la Ley y a su interpretación jurisprudencial (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016). En el poder otorgado se conceden amplias facultades, no solo de rectificación, sino también de integración por parte del apoderado, con expresa dispensa de cualquier posible prohibición de autocontrato, y el nuevo consentimiento autorizado se limita única y exclusivamente a aceptar un criterio marcado por el Tribunal Supremo en la determinación del interés de demora.

Resolución de 19-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro de la Propiedad de Vinarós.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

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. Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes «Vistos». En ningún caso, pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral, desde la fecha de los documentos, sino desde la de su presentación en el Registro de la Propiedad (arts. 24 y 32 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 20-7-2017
(*BOE* 8-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 32

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. HERENCIA: SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA DE RESIDUO.

En congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 del Código Civil) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria. Ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes Sentencias. Lo que en la cláusula cuarta —totalmente separada de la anterior— se establece, es una sustitución fideicomisaria de residuo respecto de los bienes que integren el caudal relicto del testador. Así pues, además de quedar supeditada la efectividad de la sustitución de residuo a que queden bienes de la herencia del testador y de la testadora de los que no hayan dispuesto sus herederos —lo que es inherente al concepto de esa figura— queda también subordinada, de acuerdo con lo previsto en la propia cláusula, a que los herederos falleciesen sin descendencia. En cuanto a la previsión hecha en los testamentos de que «tales herederos fideicomisarios lo serán con carácter puro desde el fallecimiento del testador, de manera que en caso de premoriencia o incapacidad de los primeros herederos se entenderán como sustitutos vulgares», responde a la evitación de dudas sobre si la sustitución de residuo supone la vulgar tácita o no. Respecto de la cuestión de si la sustitución de residuo grava la totalidad de los bienes excediéndose de las porciones de legítima que corresponden a los herederos hijos de los causantes, ciertamente nos encontramos ante un posible perjuicio de la intangibilidad cualitativa de la legítima, pero no se ha señalado esto como defecto en la nota de calificación. El Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros Registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro Registrador aunque este haya sido inscrito.

Resolución de 20-7-2017
(*BOE* 8-8-2017)
Registro de la Propiedad de Granada, número 3

RECURSO GUBERNATIVO: REPRESENTACIÓN DEL RECURRENTE. ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DOCUMENTOS PRIVADOS.

Tal como viene reiterando este Centro Directivo (cfr. entre otras Resolución de 18 de noviembre de 2003) el defecto o falta de acreditación de esa represen-

tación no determina por sí misma la inadmisión del recurso sino que exige dar al interesado la oportunidad de subsanarlo concediéndole un plazo no superior a diez días con carácter general (cfr. art. 325.ª) de la Ley Hipotecaria), requerimiento que en el recurso contra su calificación corresponde realizar al mismo Registrador ante el que se presenta (cfr. art. 327 de la Ley Hipotecaria). Como se ha afirmado de modo reiterado por esta Dirección General, el procedimiento registral se basa en la necesidad de titulación auténtica conforme al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, por lo que la mera instancia suscrita por el recurrente adolece de falta de forma adecuada para provocar la práctica de ningún asiento registral, ni siquiera el de presentación, por mucho que el recurrente entienda que no debe practicarse determinado asiento. Por eso el Reglamento Hipotecario proscribe la presentación de los documentos privados, salvo que las disposiciones legales le atribuyan eficacia registral —artículo 420 párrafo primero—. Tampoco cabe admitir el requerimiento de que sea el propio Registrador quien, de oficio, solicite al Ayuntamiento la remisión del proyecto de reparcelación aprobado en 2006, para proceder a su inscripción, pues constituye una pretensión contraria a las normas reguladoras del procedimiento registral dominadas por el principio de rogación, pues se inicia e impulsa por la parte y la no actuación de oficio del Registrador, salvo en supuestos expresamente regulados —artículo 6 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 20-7-2017
(*BOE* 8-8-2017)
Registro de la Propiedad de Nules, número 2

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001.

Según reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, Resoluciones de 22 de octubre de 2012 y 22 de febrero y 9 de julio de 2014), para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el Registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. El supuesto planteado en el presente expediente es semejante al contemplado en la Resolución de este Centro Directivo de 4 de julio de 2013, por lo que ha de seguirse igual doctrina, al decir que: «Es cierto que en la escritura presentada y a continuación de la reseña de cada una de las escrituras

que contienen el título de representación, el Notario hace un juicio genérico afirmando «que juzga suficiente para el otorgamiento» y que dicha fórmula genérica ha sido rechazada por este Centro Directivo al hacer imposible la labor de calificación del Registrador sobre la congruencia del juicio llevado a cabo por el Notario. Sin embargo dicha deficiencia formal resulta irrelevante pues al final de la comparecencia el propio Notario afirma que «Tienen a mi juicio, según concurren, capacidad y legitimación legal bastante para otorgar esta escritura de revocación de dación en pago con retroacción de los bienes», con lo que lleva a cabo un juicio de suficiencia específico en relación al negocio documentado en la escritura pública (art. 98 de la L. 24/2001, de 27 de diciembre y Resoluciones especificadas en los «Vistos»)».

Resolución de 20-7-2017
(*BOE* 8-8-2017)
Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. HIPOTECA CAMBIARIA: CANCELACIÓN.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión es preciso recordar que el objeto de este expediente viene constituido exclusivamente por la determinación de si la calificación del Registrador de la Propiedad es o no ajustada a Derecho tal y como recoge el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Igualmente es doctrina reiterada (por todas, Resolución de 19 de enero de 2015), que el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el Registrador por lo que tampoco se hará un pronunciamiento relativo a la aportación del documento por el que se publica la sentencia firme. Consta inscrita en el Registro de la Propiedad una hipoteca a favor de la sociedad «Inmobiliaria Escolapios, S.L.» y de los futuros tenedores, tomadores o endosatarios de ciento setenta letras de cambio. Se presenta ahora sentencia firme por la que, en procedimiento incidental (seguido conforme a las disposiciones de la Ley Concursal), derivado de la quiebra de la sociedad «Electrificaciones del Sur, S.A.» y siendo la sociedad «Inmobiliaria Escolapios, S.L.» la demandada, en rebeldía procesal, se declara la nulidad de la hipoteca al estar afectada por el periodo de retroacción de la quiebra así como se declara la nulidad de la declaración cambiaria realizada por «Electrificaciones del Sur, S.A.» respecto de las 170 letras de cambio garantizadas. Esta Dirección General tiene una asentadísima doctrina (*vid.* «Vistos»), respaldada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (*vid.* Sentencias en los «Vistos»), y anclada en los categóricos pronunciamientos legales, conforme a la cual no es posible la inscripción de una resolución judicial por la que se declare la nulidad de un derecho inscrito si el titular registral no ha tenido en el procedimiento la posición jurídica contemplada por el Ordenamiento. Ciertamente, como ya afirmara este Centro Directivo en sus Resoluciones de 25 de marzo de 1999 y de 15 de febrero de 2006, en las hipotecas cambiarias o en garantía de títulos transmisibles es preciso, para proceder a la cancelación de la inscripción de hipoteca por nulidad declarada en una sentencia judicial, que conste que la demanda se interpuso contra los eventuales titulares de las obligaciones o títulos. Sin embargo, en el presente caso, concurre la especial circunstancia de que la quiebra de la sociedad fue declarada en los autos número 348/1994; la escritura de formalización de la hipoteca cambiaria se otorgó en 1993; que en aplicación del hoy derogado artículo 878 del Código de Comercio determinaba la nulidad de

los actos del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra; que la fecha de retroacción de la quiebra fue fijada el 1 de enero de 1990, en auto dictado por el Juzgado el 3 de octubre de 1996 en incidente iniciado por la sindicadura, confirmado por autos del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2005 y 26 de junio de 2007; que la totalidad de las 170 letras se encuentran depositadas en el Juzgado, pasando sus tenedores a engrosar la lista de acreedores; constando en autos que se creó una deuda a favor de Inmobiliaria «Escolapios, S.L.» perteneciente al mismo administrador, mediante la emisión de 170 letras garantizadas con hipoteca, declarando expresamente el Juzgado que se declara la nulidad de pleno derecho de la aceptación cambiaria y de la hipoteca que las garantiza, letras todas ellas depositadas en el Juzgado.

Resolución de 20-7-2017
(*BOE* 8-8-2017)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 3

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

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. Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos. En ningún caso, pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral, desde la fecha de los documentos, sino desde la de su presentación en el Registro de la Propiedad (arts. 24 y 32 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 21-7-2017
(*BOE* 10-8-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 7

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y 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). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio

de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. En este supuesto el Registrador expide la certificación y extiende la nota aplicando la doctrina de este Centro Directivo que entiende que en el ámbito de la ejecución judicial es posible expedir la certificación de titularidad y cargas del procedimiento, cuando el ejecutante ha adquirido, por sucesión universal, la titularidad de la hipoteca por cuanto la expedición de la certificación de cargas en la ejecución judicial no es más que un trámite procesal que todavía no conlleva el cambio en la titularidad de la hipoteca o de la finca como consecuencia de la ejecución, sin perjuicio de que el Registrador advierta esta circunstancia en la propia certificación con la finalidad de que el solicitante conozca la necesidad de practicar la inscripción a su nombre, previa o simultáneamente, a la inscripción del decreto de adjudicación.

Resolución de 21-7-2017
(*BOE* 10-8-2017)
Registro de la Propiedad de Falset

PROHIBICIONES DE DISPONER: EFECTOS.

La eficacia de las prohibiciones de disponer y el alcance del cierre registral que provocan, no ha sido cuestión pacífica en la doctrina y en las Resoluciones de este Centro Directivo. En relación con la naturaleza y alcance de las distintas modalidades de prohibiciones de disponer, de acuerdo con la doctrina de este Centro Directivo, se han de distinguir dos grandes categorías: —Las prohibiciones voluntarias y las que tienen su origen en un procedimiento civil, tratan de satisfacer intereses básicamente privados. En consecuencia, si cuando otorgó el acto afectado por la prohibición de disponer no tenía limitado su poder de disposición el acto fue válido y debe acceder al Registro a pesar de la prioridad registral de la prohibición de disponer, aunque se entiende que la inscripción del acto anterior no implica la cancelación de la propia prohibición de disponer, sino que esta debe arrastrarse; — Las adoptadas en los procedimientos penales y administrativos lo que quieren garantizar es el cumplimiento de intereses públicos o evitar la defraudación del resultado de la sentencia penal o las responsabilidades que de ella puedan derivar. Debe, en consecuencia, prevalecer el principio de prioridad establecido en el artículo 17. Por otro lado, también constituye doctrina consolidada de este Centro Directivo que la eficacia limitativa de las prohibiciones de disponer, cualquiera que sea su origen (*vid.* Resolución de 31 de enero de 2013), ha de matizarse cuando se trata del acceso al Registro de actos de disposición forzosos, extraños a la voluntad del titular afectado por la anotación. El caso objeto de este recurso fue ya tratado en la Resolución de 28 de octubre de 2015, cuando se presentó el mandamiento de anotación del embargo que ha motivado la ejecución y adjudicación que ahora pretende inscribirse. Como ya entonces se dijo, debe analizarse de una manera más detallada cuál es la eficacia y alcance que se concede a la prohibición de disponer establecida en el artículo 170 de la

Ley General Tributaria. Procede, en consecuencia, revocar el defecto consignado en la nota recurrida y acceder a la inscripción del decreto de adjudicación, sin que ello suponga perjuicio alguno para los intereses garantizados por la anotación de prohibición de disponer que, por su propia naturaleza y por constituir una carga anterior a la anotación de embargo que ha sustentado la ejecución, no va a ser objeto de cancelación. Como afirma la más moderna doctrina, un derecho de propiedad sobre el que recae una prohibición de disponer, será respaldo patrimonial para los acreedores de su titular, en su particular forma de configuración en su perspectiva activa, esto es: como tal será objeto de ejecución y, por tanto, de adquisición por el rematante en su caso, el cual adquirirá el dominio con la prohibición de disponer en los mismos términos que los ostentaba el ejecutado.

Resolución de 21-7-2017
(*BOE* 10-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 4

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN *EX* ARTÍCULO 82.5 LH.

En concreto la cuestión a dilucidar consiste en determinar si es posible cancelar, en base a la previsión del artículo 82.5.º de la Ley Hipotecaria, una hipoteca cambiaria constituida en garantía de 24 obligaciones al portador (si bien consta ya la cancelación por ejecución hipotecaria de trece obligaciones), y que se constituyó a favor del tenedor presente y de los tenedores futuros cuando se da la circunstancia de que el plazo de vencimiento se pactó en los siguientes términos: «Los emitentes se obligan solidariamente a reembolsar o pagar, al concluir el plazo de un año contado a partir del día ocho de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, el valor nominal de las obligaciones emitidas. Si al concluir el plazo de un año, señalado anteriormente, no se pagaran las obligaciones emitidas, la parte emitente y los tenedores de dichas obligaciones hipotecarias podrán convenir que sea prorrogada la obligación de pagar de doce meses en doce meses, con todas las obligaciones establecidas, y especialmente con la de hacer efectivos los intereses que a continuación se fijan, por un máximo de diez años». De acuerdo con dicha doctrina, este Centro Directivo ha reiterado, para supuestos en que el ejercicio de la prórroga se produce por decisión potestativa del acreedor hipotecario, que no es aceptable el argumento de que la eventual modificación del derecho inscrito solo resulta oponible frente a titular inscrito si previamente se ha reflejado en el folio por aplicación de lo previsto en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria. Este Centro Directivo ha afirmado, por el contrario, que siendo la prórroga pactada e inscrita una facultad potestativa de los tenedores acreedores su oponibilidad frente al nuevo titular es indiscutible. De aquí que no sea posible llevar a cabo el cómputo de la prescripción sin tener en cuenta los años pactados de prórroga. El recurrente entiende que la doctrina expuesta no es de aplicación al supuesto de hecho por resultar con toda claridad del contenido del Registro que para que exista prórroga es preciso un nuevo acuerdo, de donde resulta que, no constando en el folio correspondiente, no hay prórroga oponible a tercero, el nuevo titular registral de la finca. Esta Dirección General no puede compartir dicha afirmación. o puede pretender el recurrente que en el estrecho ámbito de este expediente se le reconozca una situación jurídica que ampare su pretensión cancelatoria y que debe ser objeto de apreciación en el procedimiento judicial plenario correspondiente y en el que

las partes implicadas (también los eventuales acreedores hipotecarios), ostenten la posición jurídica prevista por el ordenamiento. Finalmente, no puede acogerse el motivo que pretende equiparar el funcionamiento de la caducidad de las anotaciones preventivas previsto en el artículo 86 de Ley Hipotecaria, con el del artículo 82.5.º del mismo texto legal.

Resolución de 21-7-2017
(*BOE* 10-8-2017)
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 7

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: ARTÍCULO 166 RH.

Como cuestión procedimental previa debe recordarse que según reiterada jurisprudencia Hipotecaria, en los recursos gubernativos, conforme al artículo 326 de la Ley hipotecaria, solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma, es decir, que hayan sido calificados por el Registrador. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones citadas en «Vistos»), que la nota de calificación ha de estar adecuadamente fundamentada, recogiendo con claridad y precisión los defectos por los que el Registrador estima que no es posible la inscripción. Ahora bien, de las mismas Resoluciones resulta que, cuando la imprecisión o falta de claridad de la nota de calificación no sea impeditiva del conocimiento por parte del interesado de la causa concreta de la suspensión de la inscripción y de las razones jurídicas que conducen a ello, de tal manera que posibilite sin problema alguno la discusión por el recurrente del fondo del asunto; razones de economía procesal, así como la conveniencia de no acentuar el rigor formal del recurso, hacen procedente abordar el análisis de la corrección jurídica de tales defectos, con independencia del cumplimiento estricto de lo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. El Registrador, al llevar a cabo el ejercicio de 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 o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos. Entrando en el fondo de la controversia, con carácter previo hay que señalar que el artículo 166 del Reglamento Hipotecario al regular los requisitos de extensión de las anotaciones de embargo seguidos contra herederos indeterminados o determinados del titular registral está aplicando el principio de tracto sucesivo si bien con la peculiaridad de que los bienes no constan aun inscritos a favor de los demandados. Como señaló la Resolución de 9 de julio de 2011, convendría a este respecto recordar que la calificación del Registrador del tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) será distinta en cada uno de los supuestos siguientes: a) Para tomar anotación preventiva del embargo en caso de procesos ejecutivos por deudas del titular registral, fallecido durante el procedimiento, deberá acreditarse al Registrador que se demandó al titular registral, que ha fallecido y que se ha seguido la tramitación con sus herederos, por sucesión procesal conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de aquel, además del fallecimiento deberá acreditarse al Registrador, si los herederos fueran ciertos y determinados, que la demanda se ha dirigido contra estos indicando sus circuns-

tancias personales (art. 166.1.º, párrafo primero, del Reglamento Hipotecario), sin que proceda en este caso aportar los títulos sucesorios. b) Si se ha producido el fallecimiento del titular registral antes de iniciado el procedimiento, y este se sigue por deudas de herederos ciertos y determinados, además del fallecimiento deberá acreditarse al Registrador que la demanda se ha dirigido contra estos, indicando sus circunstancias personales y acompañando los títulos sucesorios y el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad (art. 166.1.º, párrafo segundo del Reglamento Hipotecario). En definitiva deberá acreditarse su condición de herederos del titular registral. c) En caso de procesos ejecutivos por deudas del causante siendo sus herederos indeterminados, o por deudas de estos herederos indeterminados —herencia yacente—, será preciso, para poder considerarse cumplimentado el tracto sucesivo, o bien que se acredite en el mandamiento que se ha dado emplazamiento a alguno de los posibles llamados a la herencia, o bien que se ha procedido al nombramiento judicial de un administrador de la herencia yacente.

Resolución de 21-7-2017
(*BOE* 10-8-2017)
Registro de la Propiedad de Barcelona, número 21

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y 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). Por ello, como ha reiterado este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. En este supuesto, la Registradora entiende suficientemente acreditada la transmisión de la hipoteca por lo que no estima procedente reclamar documento alguno ni practicar la rectificación solicitada, por otra parte, aún en el supuesto de que se hubiera producido un error material por omisión para su corrección sería necesario el acuerdo unánime de todos los interesados, especialmente el del titular del asiento, y del Registrador o en su defecto, como sucede en este caso, una resolución judicial que lo ordene. En base a lo expuesto no es procedente aquí el procedimiento de rectificación de errores de concepto o materiales pues, como ya consideró la Resolución de este Centro Directivo de 8 de mayo de 2009 y demás citadas en los «Vistos», para poder acudir a él es preciso que se trate claramente de errores y así lo reconozca el Registrador, lo que no ocurre en este caso, en el que el Registrador mantiene como correcta la inscripción practicada y lo justifica suficientemente en su nota de calificación.

Resolución de 24-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro de la Propiedad de Picassent, número 2

INSCRIPCIÓN: EFECTOS. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Nuestro Ordenamiento jurídico no ha concebido el Registro de la Propiedad como un mero instrumento para la publicidad de relaciones jurídicas inmobiliarias plenamente conformadas en el ámbito civil. Muy al contrario, a la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. Aun manteniendo como norma general el carácter voluntario y declarativo de la inscripción, nuestra legislación ha previsto que el reconocimiento que el Estado hace a través de la inscripción respecto de un derecho real, implica que, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extrarregistral, dicho derecho inscrito goza de prioridad frente a otros derechos reales que en el futuro pretendan el acceso al Registro (art. 17 de la Ley Hipotecaria); que, mientras no se declare lo contrario por los Tribunales, se presumirá que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida por el propio asiento (arts. 1.3.º y 38 de la Ley Hipotecaria); que ningún otro título no inscrito será oponible a la titularidad registral (art. 32 de la Ley Hipotecaria); o que aquel que adquiera a título oneroso y de buena fe confiando en los pronunciamientos del Registro, sea mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constasen en el Registro (art. 34 de la Ley Hipotecaria). Es por ello que el actual artículo 3 de la Ley Hipotecaria dispone: «Para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por Autoridad judicial o por el Gobierno o sus Agentes, en la forma que prescriban los reglamentos». Tratándose de documentos judiciales, el concepto de «ejecutoria», interpretado a la luz de lo establecido en el artículo 517.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conduce necesariamente a la idea de resolución judicial firme. De hecho, el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala: «mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros Públicos». Por tanto, no es posible inscribir un decreto de adjudicación hallándose pendiente de resolución un recurso de reposición que el ejecutado ha interpuesto impugnándolo. También ha de confirmarse el criterio sostenido por la Registradora en su nota de calificación respecto a la obligación de presentar el oportuno mandamiento judicial, para poder proceder a la cancelación de la anotación de embargo ordenada en el curso de procedimiento de ejecución, y la de las posibles cargas que hayan ingresado en el Registro con posterioridad. Así se desprende con absoluta nitidez de lo dispuesto en el artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 24-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

Como cuestión preliminar previa debe recordarse la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo según la cual conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria no pueden tenerse en cuenta para la resolución del recurso gubernativo documentos que no hayan sido presentados en tiempo en forma en el Registro, de forma que el Registrador no pudo examinarlos a la hora de emitir su calificación. Entrando en el fondo del recurso, hay que destacar que el artículo 254 de la Ley Hipotecaria es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales. En el supuesto de este expediente, como afirma la recurrente, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, no es aplicable por el concepto de Transmisiones Patrimoniales al tratarse de una compraventa sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido. Pero en su vertiente de Actos Jurídicos Documentados y, concretamente, en su modalidad de documentos notariales, dicho impuesto grava las escrituras, actas y testimonios notariales. La imposición por Actos Jurídicos Documentados es plenamente compatible con el gravamen por el Impuesto sobre el Valor Añadido, de tal forma que las operaciones sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido que se formalicen en documento notarial quedarán sujetas también al impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

Resolución de 24-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

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. Aunque a la fecha de adjudicación estuviese vigente la anotación, la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de su presentación en el Registro de la Propiedad, según resulta de los preceptos citados en los precedentes vistos. En ningún caso, pueden contarse los efectos derivados del principio de prioridad registral, desde la fecha de los documentos, sino desde la de su presentación en el Registro de la Propiedad (arts. 24 y 32 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 25-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro de la Propiedad de Elche, número 5

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

En primer lugar, y reiterando la doctrina que de manera uniforme ha mantenido este Centro Directivo (por todas, Resolución de 20 de octubre de 2016), cabe recordar que a tenor de lo señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el Registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones, por lo que la documentación complementaria aportada inicialmente en el escrito de recurso no puede ser tenida en cuenta por este Centro Directivo a la hora de elaborar esta Resolución. Ante una solicitud de publicidad formal, el Registrador debe calificar, en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo; y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En relación con el interés legítimo, es doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado (*vid.*, por todas, la Resolución de 20 de septiembre de 2013), que la expedición de información relativa al contenido de los libros del Registro está sujeta a determinados controles derivados por un lado de la legislación específica hipotecaria y por otro de la genérica sobre protección de datos personales. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes».

No ofrece duda alguna que la finalidad alegada se refiere tanto a todos los elementos descriptivos del mencionado inmueble (lindes y extensión), como a las posibles modificaciones de entidad hipotecaria que respecto del mismo hubieran quedado inscritas, así como al posible titular actual del mismo. Respecto de las titularidades ya canceladas, de la primera solicitud no se aprecia dicho interés legítimo. No obstante, con la documentación aportada con el recurso interpuesto, queda acreditado dicho interés al objeto de determinar cronológicamente los diversos titulares de la finca junto con las alteraciones descriptivas y poder

concretar los diversos momentos en que se hubieran podido producir las alteraciones de los lindes de su finca. Por el contrario, no habrá interés en conocer las posibles garantías hipotecarias o sus cancelaciones o hipotéticas anotaciones de embargo, si las hubiere, y sus cancelaciones.

Resolución de 25-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 95.4º RH. VECINDAD CIVIL: PRUEBA.

Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el criterio de otro Registrador en su calificación del mismo documento, cabe recordar que 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. Respecto de la prueba de la vecindad se plantean dificultades similares a las relativas a la nacionalidad, incluso acrecentadas, toda vez que si la vecindad civil accede al Registro Civil, la propia inscripción registral podrá ser prueba de la vecindad civil, si bien estos supuestos son excepcionales, pues la regla general es que la vecindad civil no consta en el Registro Civil. Precisamente por la trascendencia que la vecindad civil tiene, el artículo 156.4º del Reglamento Notarial establece que en la comparecencia de la escritura «se expresará la vecindad civil de las partes cuando lo pidan los otorgantes o cuando afecte a la validez o eficacia del acto o contrato que se formaliza…», si bien, dadas las dificultades para su prueba antes referidas, el artículo 160 del mismo reglamento dispone que la circunstancia de la vecindad se expresará por lo que conste al Notario o resulte de las declaraciones de los otorgantes y de sus documentos de identidad. En tales preceptos no se exige la acreditación documental, sino que la constancia de la vecindad civil se realiza por lo que resulte de las manifestaciones de los comparecientes a requerimiento del Notario. Es necesario que el Notario, en cumplimiento de su deber genérico de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza, a la hora de redactar el instrumento público en tales supuestos haga las indagaciones oportunas sobre tal extremo, desplegando la mayor diligencia al reflejar en el documento autorizado cuál es la vecindad civil de los otorgantes. Aunque según la referida norma reglamentaria sea suficiente la declaración del otorgante sobre vecindad civil (que primordialmente versa sobre datos fácticos como el de la residencia continuada), aquella debe entenderse en el sentido de que tal extremo debe expresarse solo tras haber informado y asesorado en derecho el Notario a los otorgantes. Por lo demás, ningún obstáculo existe para, en su caso, acudir a otros medios para acreditar suficientemente la vecindad civil, como puede ser el acta de notoriedad regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial. Por lo demás, debe tenerse en cuenta que el Código Civil dispone en su artículo 14 que la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil, estableciendo una norma de cierre en dicho precepto, que actúa como una verdadera presunción «iuris tantum», cual es que en caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento, por lo que, a afectos de este recurso, debe

primar la situación que respecto de la vecindad civil de los disponentes resulte del título calificado (así lo entendió este Centro Directivo en la citada Resolución de 29 de septiembre de 2016, respecto de una escritura en la que se especificaba que los transmitentes nacieron y tienen su domicilio en Galicia y que eran de vecindad civil gallega). Según la reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. las Resoluciones de 13 de febrero de 1999, 4 de octubre de 2010, 13 de abril de 2011 y 29 de febrero y 8 de junio de 2012, entre otras), 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 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. En este sentido se afirma que el artículo 95, número 4, del Reglamento Hipotecario configura una auténtica limitación de las facultades que corresponden al favorecido por la confesión. Aunque no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el supérstite, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en Derecho catalán conforme al art. 451-1 del Código Civil de Cataluña). Indudablemente, esa misma solución —la no aplicabilidad del citado precepto reglamentario— sería la procedente en el Derecho civil gallego a la vista de las disposiciones de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, que atribuye a la legítima una naturaleza claramente distinta a la establecida para el Derecho común en el Código Civil, pues según el artículo 249 de dicha Ley «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor». Por ello, es necesario que tal circunstancia, que para inscribir los actos de disposición referidos haría innecesario el consentimiento de los herederos forzosos del confesante, quede debidamente reflejada en el título, indicando claramente que esa Ley gallega es la que ha regido la sucesión del confesante fallecido por razón de su vecindad civil. Lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (según la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), que lo justifica como título inmatriculador e incide claramente en los aspectos relativos a la capacidad para realizar o formalizar este acto divisorio. No obstante, se considera innecesaria la exigencia expresada en el defecto primero de la calificación recurrida en orden a que se indiquen las circunstancias personales de los cónyuges de los comparecientes casados, a efectos de constatar su coincidencia con los que en su día fueron confesantes y su vecindad civil. Y lo que hubiera eventualmente existido,

por ejemplo, es una disolución del respectivo matrimonio en vida, es irrelevante quiénes sean los cónyuges de los titulos registrales; asimismo, si alguno de los restantes cónyuges confesantes hubieran fallecido, el problema se plantearía en los mismos términos que respecto de la otorgante viuda, pero según el estado civil que de los comparecientes se expresa no hay base para llegar a esa conclusión por parte de la Registradora. Al no expresarse cual fuera la vecindad civil de dicho confesante en el momento de su fallecimiento ni especificarse la Ley aplicable a su sucesión, puede confirmarse la calificación impugnada, no porque pueda presumirse que dicha Ley sucesoria sea la de derecho común (como hace la Registradora al citar el art. 1324 del Código Civil), sino en cuanto —ante la falta de expresión de la vecindad civil o de la «*lex successionis*» del confesante— debe aplicarse la regla del artículo 95.4º del Reglamento Hipotecario, al no resultar de la escritura calificada que no haya herederos forzosos a los que dicha norma se refiere.

Resolución de 25-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 1

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

En primer lugar, y reiterando la doctrina que de manera uniforme ha mantenido este Centro Directivo (por todas, Resolución de 20 de octubre de 2016), cabe recordar que a tenor de señalado en el artículo 326 de nuestra Ley Hipotecaria, el recurso solo puede versar sobre los pronunciamientos señalados por el Registrador en su nota de calificación y en atención a las circunstancias contenidas en el título o los títulos presentados para la calificación, no pudiendo apoyarse en otros documentos ajenos a dicha presentación y que se incorporen en el trámite de alegaciones, por lo que la documentación complementaria aportada inicialmente en el escrito de recurso no puede ser tenida en cuenta por este Centro Directivo a la hora de elaborar esta Resolución. Ante una solicitud de publicidad formal, el Registrador debe calificar, en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo; y, en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En relación con el interés legítimo, es doctrina de este Centro Directivo (cfr. Resolución sobre la materia de fecha 25 de noviembre de 2016) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este Centro Directivo tiene reiteradamente declarado (*vid.*, por todas, la Resolución de 20 de septiembre de 2013), que la expedición de información relativa al contenido de los libros del Registro está sujeta a determinados controles derivados por un lado de la legislación específica hipotecaria y por otro de la genérica sobre protección de datos personales. La aplicación de la normativa sobre protección de datos en el ámbito del Registro implica, entre otras cuestiones, que «los datos sensibles de carácter personal o patrimonial

contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes». La posibilidad de certificar respecto de asientos cancelados se encuentra regulado en el artículo 234 de la Ley Hipotecaria y el 340 de su Reglamento. En la inicial solicitud no se justificaba un interés legítimo en la certificación de asientos cancelados, justificación que sí se ha producido, y así lo ha entendido la Registradora al expedir la certificación, con las alegaciones y documentos presentados con el recurso, que sin embargo, como ha quedado dicho, no pueden ser tenidas en cuenta en la resolución del presente recurso.

Resolución de 26-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 15

DERECHO DE TRANSMISIÓN: POSICIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO DEL TRANSMITENTE. HERENCIA: INSTANCIA DE HEREDERO ÚNICO.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de septiembre de 2013 ha señalado como doctrina legal lo siguiente: «(…) 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 transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el *ius delationis* integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante. Por ello, como ya dijera esta Dirección General en su Resolución de 22 de octubre de 1999, «2. En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el *"ius delationis"* respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo —a la que existe un llamamiento directo *"ex lege"* no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención

judicial se concrete sobre bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación— (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente Ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos». Para los autores de Las Partidas el «uso y disfrute» representaban supuestos de aceptación tácita, lo que recoge actualmente el citado artículo 999 del Código Civil. En el supuesto concreto de este expediente así se produce, máxime en este caso en el que transcurren más de veinte años viviendo ambos cónyuges en el piso familiar, lo que no representa un uso meramente eventual sino algo más, incluso habiéndose desbordado el plazo de la prescripción adquisitiva, (ex art. 1957 del Código Civil).

Resolución de 26-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Toledo, número 2

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LEY 2/2009.

Es doctrina de este Centro Directivo señalada en numerosas Resoluciones, que el Registrador en el ejercicio de su función calificadora sobre la legalidad, puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el 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 o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral. Respecto a la difícil cuestión de cuántos créditos o préstamos son necesarios otorgar para entender que existe una real habitualidad o reiteración en la concesión de préstamos y para hacer aplicable la Ley 2/2009, ciertamente es complicado establecer objetivamente esa cifra. Pero la prevalencia en este ámbito del principio de protección de los consumidores y la aplicación del artículo 8 de la repetida Ley que establece que «corresponde a las empresas —acreedores— la prueba del cumplimiento de las obligaciones que les impone esta Ley», han llevado ya a este Centro Directivo (*vid*. Resolución de 28 de julio de 2015) a considerar que la concesión de simplemente dos préstamos constituye indicio suficiente acerca de la cuestión debatida y justificación adecuada para exigir bien el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la citada Ley o bien una prueba satisfactoria de su no necesidad, como pudiera ser la acreditación de una relación personal entre prestamista y prestatario. Por tanto, con más razón, en el supuesto objeto de este expediente se considera que la concesión de cinco créditos vigentes, más otros ya cancelados, constituye prueba objetiva suficiente de la habitualidad en el ejercicio de tal actividad, circunstancia que si bien no convierte al prestamista en profesional, justifica la denegación de la inscripción registral mientras no exista prueba en contrario. En otro sentido, la parte recurrente afirma que constituye un requisito objetivo para aplicar la citada Ley 2/2009 que los contratos de crédito garantizados por una hipoteca recaigan sobre bienes inmuebles de uso residencial o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial,

porque dicha Ley tiene su fundamento en la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, y porque debe interpretarse su ámbito conjuntamente con el de la Orden EHA 2899/2011. Pero esa afirmación no puede admitirse porque, en primer lugar, la citada Directiva 2014/17/UE constituye una norma de mínimos. El ámbito de aplicación de la normativa contenida en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley 2/2009 que nos ocupa, sin perjuicio de la aplicación en su caso de la normativa anterior, viene constituido por los préstamos y créditos hipotecarios en que el prestamista sea un profesional y el prestatario (o en su caso el garante), sea una persona física o jurídica, tenga la condición de consumidor, cualquiera que sea el tipo del inmueble hipotecado, siempre que el destino de la operación sea de consumo por ser a la actividad empresarial o profesional del prestatario. Es decir, la Ley 2/2009, de 31 de marzo, no contempla diferente tratamiento en su articulado según el préstamo hipotecario recaiga o no sobre vivienda. El ámbito de aplicación de dicha normativa viene determinada, por tanto, no por la naturaleza del bien hipotecado (parcela, vivienda o local de negocio), ni por la naturaleza física o jurídica de la persona prestataria, sino por el destino del préstamo o crédito concedido para una actividad ajena a la propia actividad empresarial o profesional del prestatario. En cuanto a la condición de empresario del prestatario, la simple referencia a tal condición en las circunstancias personales de la comparecencia, como un dato identificativo más, no permite deducir que se esté actuando dentro del marco específico de su actividad como tal empresario, cuestión esta que no cabe presumir sino que debería haberse invocado expresamente en el título. Antes al contrario, y ello es el factor determinante de la decisión de este expediente, tanto en la oferta vinculante como en la información normalizada europea anexa a la misma, el crédito se califica de hipotecario «privado» y de «crédito al consumo» respectivamente, por lo que debe aplicarse la normativa de la Ley 2/2009. Aunque la entidad de intermediación, sí cumple con los requisitos de inscripción en el registro especial y de aval bancario establecidos en la citada Ley, debe señalarse que ello no impide que la prestamista y acreedora deba cumplir también. Los artículos 51 y 52 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios no establecen la invalidez del contrato sino la imposición de unas multas y la posibilidad del cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio, por lo que en tales casos el defecto debe considerarse subsanable a posteriori, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acreditar, alternativamente en este supuesto concreto, bien que realmente el acreedor no tiene el carácter de profesional de la concesión de créditos, o bien que el verdadero destino del préstamo ha sido la actividad empresarial del prestatario.

Resolución de 26-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Valencia, número 15

TRANSACCIÓN JUDICIAL: DIVISIÓN DE PATRIMONIO CONEXA A UN PROCEDIMIENTO DE DISOLUCIÓN MATRIMONIAL.

Se trata de una acción de división de la cosa común, aparentemente acumulada al procedimiento de divorcio entre los condueños, en la que se lleva a cabo

la liquidación de la comunidad ostentada sobre uno o varios bienes de carácter matrimonial, y que tras el acuerdo de las partes presentan al Juzgado una propuesta de acuerdo de extinción que es objeto de homologación por parte de la autoridad judicial, constando inscrito por mitades indivisas en régimen económico matrimonial de separación de bienes. En casos materialmente similares, ha tenido ocasión de pronunciarse este Centro Directivo en Resoluciones como las de 5 de diciembre de 2012 y 5 de mayo de 2016, reconociendo al convenio regulador de la nulidad, separación o el divorcio como medio hábil —a efectos de su consideración como título apto para su acceso al Registro de la Propiedad— para dividir y adjudicar los bienes existentes y habidos durante el matrimonio. Sin embargo, nos encontramos formalmente ante un procedimiento de división de un patrimonio, conectado con dicha situación de crisis matrimonial —tal y como resulta del propio documento presentado— pero sin configurarse formal y nominalmente como un convenio regulador propiamente. Esta Dirección General, ha analizado en numerosas ocasiones el valor de la homologación judicial de la transacción como título inhábil para su acceso al Registro de la Propiedad. Tal y como ya ha quedado resuelto en pronunciamientos previos, la transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo tal acuerdo carácter de cosa juzgada entre ellos tal y como se prevé en los artículos 1809 y 1816 del Código Civil; mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional en cuanto al poder de disposición de las partes en relación al objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción. En estos supuestos, por tanto, se debe acudir a lo señalado en el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 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 del Código Civil). 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. Las partes no podrán en ningún caso negar, en el plano obligacional, el pacto transaccional alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento». La división de patrimonios, sin embargo, no puede ostentar *per se* la misma capacidad a efectos de inscripción que un convenio regulador, siendo preciso, para ello, una relación con un proceso de crisis matrimonial, que resulte acreditada. En este sentido se ha pronunciado la reciente Resolución de este Centro Directivo, de 18 de mayo de 2017, que analizando una disolución de sociedad conyugal en acuerdo homologado ante la autoridad judicial impide su inscripción por haberse otorgado abstrayéndose de una situación de crisis matrimonial.

Resolución de 26-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Ferrol

PROPIEDAD HORIZONTAL: INSCRIPCIONES A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.

La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo (15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981, 16 de octubre de 1992, 16 de febrero de 2000, 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 3 de marzo de 2008 y 3 de julio de 2013), extrayendo de ellos su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de tales comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles. No por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes sino que la debe considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante. Es por eso que la jurisprudencia admite ciertas actuaciones de la Comunidad de propietarios en el ámbito procesal, arrendaticio y otros, sobre todo dándole capacidad para litigar, y además en algunos asientos como la anotación preventiva, son materias en las que la comunidad tiene esa reconocida capacidad procesal. Pero esto no significa que tal comunidad pueda ser titular registral, ni es posible que sin tal personalidad pueda ser propietaria de un bien y, por ende, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente. No obstante, debe admitirse el acceso registral de bienes a favor de la Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. Ahora bien, esta inscripción a favor de la Comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común. Esta situación de transitoriedad es la que se deduce de las Resoluciones de este Centro Directivo, anteriormente citadas, de 28 de enero de 1987 y 30 de enero de 2003, al hacer expresa referencia a la práctica de asientos transitorios, de mero puente, habiéndose expresado igualmente en la indicada Resolución de 2003 que la orden del Juez (en el presente caso Letrado de la Administración de Justicia) ordenando el reflejo registral de una determinada situación jurídico-real ha de entenderse de acuerdo con el contenido registral que se ordena, siendo lo relevante su reflejo registral. Lo trascendente de la doctrina expuesta consiste en que, permitida legalmente la traba y anotación preventiva de embargo a favor de una Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, debe considerarse incluida en la permisión la consecuencia de que se adjudique al actor el objeto trabado y de que, como consecuencia, se practique la oportuna inscripción a su favor (art. 673 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sí que constituye doctrina la afirmación de que si la norma jurídica permite que la Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal actúe como actor (arts. 538.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 13.3 de la Ley sobre propiedad horizontal), y como titular de la anotación preventiva (art. 9 de la Ley Hipotecaria), deberá practicarse la inscripción a su favor si, como consecuencia

del desenvolvimiento del procedimiento, el objeto de la traba le es adjudicado. Tampoco es exigible, por no derivarse dicha restricción de ninguna norma que la justifique, que el objeto trabado haya de ser necesariamente un elemento independiente del propio régimen de propiedad horizontal.

Resolución de 27-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Galapagar

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. OBRA NUEVA: COORDENADAS DE LA PORCIÓN DE SUELO OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

Es doctrina de este Centro Directivo que 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. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan los motivos que a juicio de la Registradora impiden la inscripción del acta de fin de obra, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada. El artículo 202 LH proclama de manera clara, general y sin excepciones, respecto de la inscripción de las obras nuevas, que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica». Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada Resolución. Igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. En estos casos, las coordenadas podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación. La cuestión principal que aquí se plantea es la de si para inscribir la edificación es defecto la falta de coincidencia entre la superficie ocupada por ella según la descripción literaria que figura en el título y en el Registro y la que resulta de las coordenadas catastrales aportadas para dar cumplimiento al artículo 202 de la Ley Hipotecaria. De la documentación que se acompaña resulta que la finca en cuestión tiene referencia catastral 5125205VK1952N0001XS. Tal y como resulta de la certificación catastral aportada, la parcela tiene una superficie gráfica de 177 metros cuadrados, ocupando la edificación la totalidad de dicha parcela, siendo, por tanto, igual la superficie de suelo ocupada. Dado que, según Registro, la superficie ocupada de suelo es de 184,70 metros cuadrados, sobre un solar de superficie 198,86 metros cuadrados, no existe correspondencia entre la superficie expresada en la descripción registral de la edificación y la que resulta de las

coordenadas aportadas. Tales coordenadas, exigidas por el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, habrán de ser aportadas al Registro por el interesado tal y como indica la Registradora en su calificación, que debe confirmarse en este sentido. Como señalan diversas Resoluciones de este Centro Directivo (8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016 o 29 de marzo de 2017), para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el Registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique, tal y como ya contempló este Centro Directivo en el apartado octavo de su Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. Por tanto, con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Resolución de 27-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. En todo caso, será objeto de calificación por el Registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. En el caso de aportación de representación gráfica alternativa, el artículo 9.b) dispone que en todo caso «habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral» y que «si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral». El apartado 2 del artículo 199 remite en estos casos a la misma tramitación de su apartado 1, con la particularidad de que han de ser notificados los titulares catastrales colindantes afectados. Uno de los principios de esta nueva regulación de la Jurisdicción Voluntaria es que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, tal y como se destaca en la Exposición de Motivos de la citada Ley 15/2015 o su artículo 17.3. En esta línea el artículo 199

de la Ley Hipotecaria, al regular el procedimiento registral para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, dispone que «a la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». Este Centro Directivo ha entendido que este precepto no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del Registrador. Ahora bien, también es doctrina de esta Dirección General que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Esta Dirección General se ha pronunciado en otras ocasiones sobre el ámbito de aplicación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria y la ausencia de limitación respecto a la magnitud de las diferencias de superficie para la procedencia de la tramitación del mismo. También es cierto que, tratándose de superficies superiores al 10% este Centro Directivo ha considerado que es más adecuado el procedimiento notarial previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria. Todo ello, además, considerando la doctrina que sobre el concepto de exceso de cabida ha mantenido tradicionalmente este Centro Directivo. Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.ª) de la Ley Hipotecaria tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b), párrafo séptimo). Respecto a la ausencia de pronunciamiento sobre esta cuestión en la nota de calificación, como también ya ha afirmado esta Dirección General, la aplicación combinada de los principios de rogación y de legalidad imponen al Registrador la obligación de pronunciarse expresamente sobre la inscribibilidad de todos los contenidos que, siendo susceptibles de acceso al Registro, se incluyen en el título presentado a Diario. Como se desprende de lo establecido en nuestra legislación hipotecaria, es en la nota de despacho y calificación donde el Registrador debe indicar los extremos del título cuya inscripción se practica o se rechaza y las causas impeditivas, suspensivas o denegatorias y su correspondiente motivación jurídica.

Resolución de 27-7-2017
(*BOE* 14-8-2017)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 4

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONSTITUCIÓN DE UNA SUBCOMUNIDAD.

Esta Dirección General, ya antes de la entrada en vigor del vigente artículo 2.d) de la Ley sobre propiedad horizontal, admitió la creación de subcomunidades dentro de un concreto elemento privativo en propiedad horizontal, conservando este su objetividad jurídica como elemento independiente dentro de la total propiedad horizontal y sin modificación de la composición personal de la Junta de propietarios general, solución a la que por otra parte se acudía con frecuencia, sin plantear problemas su admisibilidad, a la hora de configurar jurídicamente los locales destinados a plazas de garaje. El vigente artículo 2.d) de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en la misma mediante la disposición

final primera de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, dispone que se entienden por subcomunidades (a las que se aplicará la Ley sobre propiedad horizontal) las que resultan cuando, de acuerdo con lo dispuesto en el título constitutivo, varios propietarios disponen, en régimen de comunidad, para su uso y disfrute exclusivo, de determinados elementos o servicios comunes dotados de unidad e independencia funcional o económica. En la correcta interpretación de este precepto legal nada autoriza para entender que la constitución de una subcomunidad como la que es objeto de la escritura calificada en el presente caso exige que exista una previa norma estatutaria o disposición del título constitutivo de la total propiedad horizontal que expresamente autorice la creación de subcomunidades. Será suficiente que en el dicho título constitutivo no se prohíba y que, eso sí, se cumplan los requisitos que, según las características de la subcomunidad de que se trate, sean necesarios respecto del título constitutivo propio de la subcomunidad, conforme a los artículos 5 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal. Por último, tampoco puede considerarse necesario que —como exige el Registrador en su calificación— se modifique la norma 5.ª de los estatutos sociales, según la cual «los gastos de calefacción serán sufragados con arreglo a su respectiva cuota de participación por todas las fincas especiales que estén dotadas del tal servicio», toda vez que la mera interpretación gramatical, lógica y adecuada para que tal norma produzca efecto conduce a admitir que, conforme a dicha regla, deba entenderse que, refiriéndose a un elemento común como es el relativo al servicio centralizado de calefacción y agua caliente, únicamente resulta aplicable a la subcomunidad respecto de las fincas que mantienen tal servicio y no a las que, después de la adopción del acuerdo de descentralización del mismo quedan excluidas de su uso.

Resolución de 1-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 38

SOCIEDADES MERCANTILES: DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD CON UN PLAZO DE DURACIÓN DETERMINADO.

Como bien es sabido, la diferencia principal entre las sociedades de duración indefinida (tanto si esta elección es explícita por indicarlo una cláusula estatutaria objetivamente innecesaria, como si es implícita por omisión de la indicación de la duración en los estatutos sociales) y las sociedades de duración determinada se manifiesta fundamentalmente en materia de disolución. La elección del carácter indefinido excluye la disolución de pleno derecho de la sociedad por mero transcurso de tiempo, disolución que, por el contrario, es la consecuencia fatal del vencimiento del plazo de duración (arts. 221.1.ª Código de Comercio y 360.1, letra a, de la Ley de Sociedades de Capital). Esta operatividad automática de la disolución por el transcurso del tiempo, que no requiere de constatación por la junta general o por el juez, no implica que el periodo de liquidación revista características diferentes de aquellos supuestos en los que la disolución se produce en virtud de acuerdo social o de resolución judicial. Cuando se trata de sociedades constituidas por años, el cómputo del plazo debe realizarse «de fecha a fecha». El plazo vence, pues, el día cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida: la fecha de vencimiento («*dies ad quem*») ha de ser la del día

correlativo mensual al de la fecha inicial («*dies a quo*»). Así, como sucede en el caso analizado, una sociedad constituida por cincuenta años el 15 de septiembre de 1966 (art. 3 de los estatutos sociales) quedó disuelta de pleno derecho el 15 de septiembre de 2016. El problema es que, en el derecho español, no se determina la hora desde la que realizar el cómputo de fecha a fecha. En los demás casos, debe elegirse entre considerar como hora inicial para el cómputo las cero horas de la fecha inicial o las veinticuatro horas de dicha fecha. En esta opción interpretativa debe primar la seguridad jurídica, que es principio garantizado por la Constitución (art. 9.3 de la Constitución Española); y, en la medida en que la constitución de la sociedad pudo haber tenido lugar a cualquier hora de la fecha inicial, hay que entender que la disolución de pleno derecho se produce a la última hora de la fecha final. Conforme a esta solución, si en el momento de la firma el día 15 de septiembre de 2016 del acta administrativa presentada a inscripción, la sociedad aún no estaba disuelta, dicha acta no es título habilitante para inscribir en el Registro de la Propiedad a favor del ayuntamiento de Madrid los bienes de dicha sociedad que, por encontrarse todavía en vida activa, seguían siendo propiedad de la misma, por lo que procede confirmar el primer defecto que señala la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad. Ahora bien, cualquiera que fuera la opción seguida, es evidente que la persona que, en nombre de la sociedad, suscribe el acta administrativa carecía de poder de representación o, cuando menos, no se acreditó que lo tuviera. Si la sociedad no se hubiera disuelto, el presidente del Consejo de administración carecía, por razón del cargo, de poder de representación de la sociedad: cuando una sociedad de capital se encuentra administrada por un Consejo de administración, el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente, salvo que los estatutos hayan atribuido ese poder a uno o varios miembros de dicho Consejo. A esta constatación hay que añadir otra de aun mayor importancia: haya actuado el firmante del acta como presidente o como consejero-delegado de la sociedad es evidente que la operación que refleja una cesión global de activo está fuera del ámbito de competencia del órgano de administración, y, por consiguiente, hubiera sido necesario, cuando menos, acuerdo de la Junta general de accionistas. Si, en contra el criterio de la Registradora y, según hemos señalado, en contra del criterio de esta dirección general, se entendiera que la sociedad ya se había disuelto, tampoco se ha acreditado que el suscritor del acta administrativa tuviera poder de representación. Con la disolución de la sociedad y la apertura del periodo de liquidación cesan los miembros del Consejo de administración, extinguiéndose el poder de representación (art. 374.1); y, salvo disposición contraria de los estatutos, los miembros del Consejo con nombramiento vigente (art. 222 de la Ley de sociedades de capital) quedan convertidos en liquidadores (art. 376.1 de la Ley de sociedades anónimas), correspondiendo el poder de liquidación, siempre salvo disposición contraria de los estatutos, a cada liquidador individualmente (art. 379.1 de la Ley de sociedades de capital). Prescindiendo ahora que la «reversión» tiene sentido exclusivamente en relación con los bienes y derechos aportados por el ayuntamiento, y no con los demás activos que hubiera adquirido durante la vida activa, es evidente que esa «reversión» no puede tener lugar, como certeramente señala la Registradora, sin la previa e íntegra satisfacción de los créditos. A los liquidadores corresponde hacer frente a las obligaciones sociales, sin que pueda procederse a la distribución del activo entre los socios sin pagar previamente las deudas de la sociedad (art. 381.1 de la Ley de sociedades de capital). La disolución de la empresa mixta por el transcurso del tiempo no supone que los bienes sociales se transfieran automáti-

camente al ayuntamiento de Madrid. La disolución abre el periodo de liquidación (art. 371.1 de la Ley de sociedades de capital) sin que la previsión estatutaria de la «reversión» pueda interpretarse como un peculiar tratamiento preferente de un accionista que prima sobre los derechos de los acreedores sociales. Los asientos del Registro Mercantil —al igual que los asientos del Registro de la Propiedad (art. 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria)— están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen plenos efectos en tanto no se inscriba la declaración judicial de inexactitud o de invalidez (art. 20.1 Código de Comercio). Pero ello no significa que la cláusula estatutaria antes transcrita pueda interpretarse necesariamente al margen de los principios generales que rigen en materia de liquidación de las sociedades de capital.

Resolución de 2-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de San Martín de Valdeiglesias

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

El apartado segundo del artículo 26 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, norma de carácter básico, determina con carácter general y sin excepción, que «la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes solo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística…»… en el mismo sentido la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo, de la Comunidad de Madrid. La evolución legislativa demuestra que el Registro de la Propiedad se concibe hoy como instrumento fundamental en el control preventivo de la irregularidad urbanística y, a su vez, se entiende absolutamente necesario que dé publicidad de los condicionamientos urbanísticos de la finca. El control registral del cumplimiento de la legalidad urbanística en los actos de parcelación, se concreta en la exigencia de acreditación de la licencia o declaración de innecesaridad, o bien, cuando se solicite su inscripción por antigüedad, la prueba de esta, mediante certificación catastral, escritura o certificado municipal, que si es superior al plazo de prescripción de las acciones de restablecimiento de legalidad urbanística permitirá su inscripción, debiendo el registrador comunicar su práctica al ayuntamiento y al órgano autonómico y dejando constancia en el asiento, en la nota de despacho y en la publicidad que se expida de la finca. Esta actuación registral permitirá al órgano administrativo competente controlar el acto y actuar en consecuencia. Esta actuación registral será independiente del tipo de documento público en que se formalice el acto de parcelación —notarial, judicial, o administrativo. La circunstancia de que la inscripción de la escritura de segregación haya sido ordenada en el curso de un procedimiento penal no altera la conclusión del anterior fundamento relativa a la exigibilidad de la correspondiente licencia de segregación o parcelación. Por otra parte, este Centro Directivo —cfr., por todas, la Resolución de 17 de abril de 2015— ya ha tenido ocasión de estudiar el problema de Derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro, en este caso el año 2017, de un documento judicial, en el que se entiende acreditada la práctica de una segregación realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha en que la legislación aplicable o bien no exigía licencia para las segregaciones, o bien (como

el presente caso) la exige y no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales. La Registradora considera que el certificado municipal aportado no es admisible por referirse a las edificaciones y por no tratarse de una licencia de segregación. El encabezamiento de este certificado municipal, transcrito en el fundamento primero de esta Resolución, se refiere solo a las edificaciones, pero del contenido del mismo resulta claramente la situación urbanística en que se encuentra en la parcela.

Resolución de 2-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Roa

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: CONTRADICCIÓN ENTRE LA TITULARIDAD REGISTRAL Y EL TÍTULO INVOCADO POR EL TRANSMITENTE.

Es objeto de este expediente decidir si es inscribible la elevación a público de un documento privado de compraventa en cuanto a una finca registral, oponiendo la Registradora como defecto que se incumple el principio de tracto sucesivo, pues si bien la finca se encuentra inscrita a nombre del transmitente, dicha inscripción lo es en virtud de títulos diferentes a los alegados en el documento que pretende inscribirse. Como ya ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General en reiteradas ocasiones (cfr. Resoluciones de 18 septiembre 1989, 21 de junio de 1999, 23 de enero de 2004, 18 de julio de 2005, 19 de octubre de 2013 y 15 de octubre de 2014), no cabe acceder a la inscripción al amparo de la legitimación registral del transmitente prescindiendo, frente a las exigencias del tracto sucesivo sustantivo, de las vicisitudes anteriores a la venta, pues si al Registro tan solo pueden acceder los actos válidos (art. 18 de la Ley Hipotecaria), esa validez no viene determinada por el pronunciamiento registral legitimador, sino por la existencia de verdadero poder dispositivo en el transmitente.

Resolución de 29-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 29

HERENCIA: DOCUMENTOS NECESARIOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

En las escrituras calificadas no se testimonia el contenido de la escritura de herencia, ni se incorpora o acompaña testimonio de la misma. Indudablemente, el fallecimiento de los titulares registrales así como la cualidad de herederos de sus causahabientes debe acreditarse mediante la aportación de los documentos correspondientes, entre ellos los prevenidos en los artículos 14 y 16 de la Ley Hipotecaria, y 76 de su Reglamento, es decir el título sucesorio, acompañado de certificación de defunción y del Registro general de Actos de Última Voluntad.

Resolución de 30-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Navalcarnero, número 2

EXPEDIENTE DE DOMINIO JUDICIAL PARA LA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

Constituye el objeto de este recurso decidir si puede inscribirse el testimonio de un auto judicial dictado en expediente de dominio para la inmatriculación. El primer defecto, relativo a las circunstancias personales de los promotores, debe ser confirmado. La Ley Hipotecaria y su Reglamento exigen que tales circunstancias consten en toda inscripción que se haga en el Registro. El hecho de que las circunstancias personales omitidas se contengan en el escrito de interposición del recurso impide la estimación del mismo, pues no pudieron ser tenidas en cuenta por la Registradora en el momento de la calificación. En cuanto al segundo defecto, procede también confirmar la calificación. El artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario, en aras a la necesaria claridad que impone las exigencias derivadas del principio de especialidad registral, establece que en las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho se precise la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente. En cuanto al defecto relativo a la falta de expresión del título de adquisición, es doctrina de esta Dirección General que el título adquisitivo es un elemento esencial para determinar los efectos de la adquisición y, en consecuencia, de la inscripción (Resolución de 8 de abril de 2010). Esta Dirección General viene considerando la citación de los colindantes uno de los trámites esenciales del expediente de dominio para la inmatriculación, por lo que debe resultar de tal auto que todos los titulares catastrales de las fincas colindantes han sido citados en el expediente (cfr. Resolución de 8 de noviembre de 2012). Ahora bien, según matiza la resolución de 22 de septiembre de 2015, hemos de tener en cuenta que mientras que el titular catastral del inmueble cuya cabida se pretende rectificar ha de ser citado en todo caso, en cambio, en relación a los colindantes, lo que exige el artículo 201 de la Ley Hipotecaria es que se cite «a los titulares de los predios colindantes», que no tienen necesariamente por qué ser exactamente los expresados en la certificación catastral, ni la Ley exige que sean ellos exactamente los citados, pudiendo en este punto el Juez citar a los que haya tenido por colindantes reales, incluso si fueran diferentes de los catastrales. Pues bien, de la misma forma que, como se ha señalado anteriormente, es perfectamente factible una divergencia en los titulares colindantes respecto de los recogidos en la certificación catastral, por las razones señaladas, es evidente que los reconocidos como tales en el propio título matriculador deben ser necesariamente citados, según el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, y cuya citación debe resultar del propio auto, a fin de que el Registrador pueda calificar su cumplimiento, como garantía esencial, evitando que se generen indefensiones (art. 24 de nuestra Constitución), especialmente importante si se tiene en cuenta la no suspensión de efectos respecto de terceros, a diferencia de otros medios matriculadores. 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, el artículo 53, apartado siete, de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (hoy derogado), exigía para toda inmatriculación que se aportase, junto al título matriculador, «certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de esta en dicho título». 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. En el caso de este expediente, las discrepancias puestas de manifiesto por la Registradora entre la descripción literaria y la que resulta de la certificación catastral se refieren a meras apreciaciones subjetivas sobre el punto cardinal donde se ubican algunos linderos, y quedarían disipadas si se considera que ha de inscribirse obligatoriamente la representación gráfica de la finca. Como ya se ha afirmado en el fundamento anterior, es criterio de esta Dirección General (cfr. Resolución de 7 de julio de 2016) que 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. En cuanto al procedimiento para la inscripción de esta representación gráfica, no será necesaria la tramitación del previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. También debe recordarse que incluso en caso de no aportarse dicha certificación catastral descriptiva y gráfica con las correspondientes coordenadas georreferenciadas, el Registrador, a solicitud del interesado, puede obtenerla directamente de la sede electrónica de la Dirección General del Catastro. Cuestión distinta, no planteada por la registradora en la calificación, es que, una vez obtenida la nueva certificación catastral, los datos catastrales actualizados no se correspondan con la descripción de la finca en el título. En tal supuesto habrá que estar a la doctrina que sentó este Centro Directivo en la Resolución de 12 de mayo de 2016, distinguiendo si las alteraciones catastrales sobrevenidas se deben a la modificación de la geometría de la parcela o a meras rectificaciones de los datos alfanuméricos de la certificación para su congruencia con la superficie gráfica. En cuanto a la exigencia de que la finca conste catastrada a nombre del adquirente o del transmitente, dicho requisito se contenía en el apartado 1 del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. Como puede observarse este requisito reglamentario se refería exclusivamente a la inmatriculación por título público regulada en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Cuando la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone que «quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley», ha de interpretarse que deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del título VI del Reglamento Hipotecario, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior título VI de la Ley Hipotecaria, pues la nueva redacción legal es en sí misma suficientemente detallada, y basada en principios inspiradores totalmente diferentes de los que dieron cobertura en su día a los artículos reglamentarios que, ahora, por ello, han de entenderse íntegramente derogados a partir del 1 de noviembre de 2015.

Resolución de 31-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Cieza, número 2

HIPOTECA: CANCELACIÓN DE A QUE GRAVA UNA FINCA RESTO Y LAS SEGREGADAS POR ARRASTRE DE CARGAS.

Primero, que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aun cuando

se reduzca la obligación garantizada (arts. 1860 del Código Civil y 122 de la Ley Hipotecaria); segundo, que como consecuencia de lo anterior, si se pretende una cancelación parcial del gravamen hipotecario y, por ello, la liberación de una de las fincas procedentes de la matriz será necesario no solo el consentimiento del acreedor sino también de los que hayan adquirido el dominio u otros derechos sobre cualquiera de las fincas con posterioridad a la constitución de la hipoteca, salvo sobre aquella cuyo gravamen se trate de cancelar. Lo que ahora se pretende no es la cancelación parcial de la hipoteca con la consiguiente liberación de la responsabilidad hipotecaria de una o unas de las fincas gravadas con la hipoteca, sino la cancelación total de la misma, como consecuencia de haber sido íntegramente satisfecho el préstamo garantizado, tal y como se declara en la misma escritura de cancelación. En consecuencia, no procede en este caso la aplicación de los artículos 122 y 123 en el sentido manifestado por la Registradora, puesto que lo pretendido no es la liberación exclusiva de determinadas fincas, sino la de todas las que se encuentran gravadas con la hipoteca que se cancela. Sin embargo, la descripción realizada por el Notario autorizante en cuanto al objeto de la hipoteca podría haber sido más completa y precisa, en el sentido de no limitarse a describir la finca resto. Por tanto, a pesar de estar extinguido el crédito en su totalidad, la hipoteca subsistirá tubularmente en las fincas omitidas hasta que por los interesados se solicite su cancelación, solicitud que no resulta del documento calificado en cuanto a dichas fincas segregadas.

Resolución de 31-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 3

OBRA NUEVA: CAMBIO DE USO DE UNA EDIFICACIÓN.

La subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del Registrador. Aunque tras la reforma de la legislación hipotecaria por Ley 24/2001 se haya suprimido la posibilidad de interponer recurso a efectos doctrinales, la tramitación del recurso debe admitirse considerando la antedicha doctrina jurisprudencial según la cual «el objeto del recurso… no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador» y que se declare si dicha calificación fue o no ajustada a Derecho, lo cual «es posible jurídicamente aunque el asiento se haya practicado», por haberse subsanado el defecto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011, al interpretar el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, considera que «es claro que los sujetos pasivos destinatarios de la notificación de la calificación negativa son el presentante del documento y el Notario autorizante del título presentado y, en su caso, la autoridad judicial o funcionario que lo haya expedido y a tal fin sirve cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado, incorporando al expediente la acreditación de la notificación efectuada (art. 58 Ley 30/92). Sin duda, entre estos medios están los que refiere el artículo 45 del citado texto legal resultado de las nuevas técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos. El Notario, junto al Registrador, dispondrá obligatoriamente de sistemas telemáticos para la emisión, transmisión,

comunicación y recepción de información (art. 107 Ley 24/2001, de 27 de diciembre), sistemas o medios que nada tienen que ver con el lugar en el que se debe practicar la notificación. Se plantea en el presente expediente si el certificado emitido por un arquitecto acreditativo de un cambio de uso de un local a vivienda realizado hace más de veinte años, cuya firma se encuentra legitimada por el propio Notario autorizante, debe constar acompañado por el visado colegial. De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 transcrito, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (*vid.* art. 28.3 de la Ley de Suelo). Partiendo de estos argumentos, este Centro Directivo ha afirmado (*vid.* Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, incluso, más recientemente, en la de 13 de mayo de 2016), que el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, por lo que es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que actualmente vienen contemplados en el artículo 28.4 de la Ley de Suelo y en el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el artículo 50 del Real Decreto 1093/1997 determina quiénes están cualificados como técnico competente: el que hubiera firmado el proyecto (número 1), el que tuviera encomendada la dirección de la obra (número 2), el técnico municipal del Ayuntamiento (número 4) o cualquier otro técnico que tuviera facultades suficientes acreditadas mediante certificación de su colegio profesional (número 3). Si bien en el presente expediente nos encontramos ante un certificado acreditativo de la antigüedad del cambio que se expide en base a lo dispuesto en el artículo 52 del mencionado Real Decreto 1093/1997, supuesto en el que la modificación de la entidad Hipotecaria se realiza en base a la acreditación del transcurso del plazo para el ejercicio de la acción urbanística sin actuación alguna por parte de la administración competente. En tales casos deberá acreditarse tan solo tal dato por cualquiera de los medios previstos en el apartado a) del mencionado artículo 52 sin que, al haber proyecto ni licencia administrativa, pueda ser aplicada la doctrina anteriormente mencionada. Por tanto, el defecto apuntado por la Registradora no puede ser confirmado por este Centro Directivo, debiendo considerarse suficientemente acreditada la antigüedad de tal cambio de uso mediante el certificado del arquitecto con firma legitimada notarialmente. En tal sentido debe recordarse que la constancia del valor del derecho que se inscriba viene exigida en el artículo 9.2 de la Ley Hipotecaria al disponer que «toda inscripción que se haga en el Registro expresará las circunstancias siguientes: la naturaleza, extensión y condiciones, suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba, y su valor, cuando constare en el título», precepto desarrollado en el apartado octavo del artículo 51 del Reglamento Hipotecario al indicar, en el mismo sentido, que «el valor de la finca o derecho inscrito se designará, si constare en el título, en la forma que apareciere en él». Por tanto, debe concluirse que la ausencia del mismo en ningún caso puede ser considerado defecto que impida la inscripción.

Resolución de 31-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 18

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: PREFERENCIA DEL CONOCIMIENTO PROPIO DEL REGISTRADOR FRENTE AL ARTÍCULO 92 DEL RH.

Se presenta en el Registro escritura pública por la que unos cónyuges de nacionalidad alemana adquieren «con arreglo a su régimen matrimonial» una determinada finca urbana. El Registrador suspende la inscripción por no manifestarse, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, la proporción en que adquieren los compradores. Afirmado por el Registrador que el Derecho alemán es el de participación en las ganancias (1363 y sigs. BGB), como ya ha sido puesto de manifiesto (*vid.* Resolución de 3 de agosto de 2016), está regulado en el Libro Cuarto, Sección Primera, Título sexto 1, artículos 1363 y siguientes del «Bügerliches Gesetzbuch» (BGB, Código Civil alemán) disponiendo el número 2.º de dicho artículo que el patrimonio del marido y de la mujer no será patrimonio común del matrimonio; principio que se aplica, asimismo, en cuanto al patrimonio adquirido por uno de ellos tras la celebración del matrimonio; los bienes del marido y los de la mujer no se convertirán en bienes comunes de los esposos ni durante el matrimonio ni a su disolución. Queda por determinar si la aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario es preferente al conocimiento que pueda tener el Registrador de la legislación extranjera. Como ya ha afirmado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 19 de diciembre de 2003 y 10 de enero y 4 y 12 de febrero de 2004) el artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente. Si los compradores alemanes, pese a manifestarse en la escritura que adquieren conforme al régimen económico matrimonial legal de su nacionalidad, sin embargo, este no fuera el de participación en las ganancias, hubiese sido preciso que en la escritura se hubieran acreditado estas circunstancias, del mismo modo que cuando los cónyuges han otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales modificando el régimen legal, se precisa su acreditación.

Resolución de 31-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro de la Propiedad de Cebreros

OBLIGACIONES FISCALES: ACREDITACIÓN PARA LEVANTAR EL CIERRE REGISTRAL.

Como consecuencia de las operaciones particionales derivadas del fallecimiento de un testador que designa como herederos testamentarios universales a sus tres hijos quienes renuncian a sus derechos en favor de su madre, se adjudica la totalidad del caudal hereditario a la misma. Siendo la residencia habitual del causante la ciudad de Madrid se lleva a cabo una autoliquidación en virtud de documento privado ante la administración de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Registrador de la Propiedad suspende la calificación por entender que la renuncia llevada a cabo, por afectar a una finca comprendida en su distrito hipotecario, exige acreditar el pago del impuesto en oficina competente.

La inadmisión de los documentos inscribibles en los registros públicos si no se acreditara el cumplimiento fiscal del contribuyente, constituye una de las medidas establecidas por el legislador en orden a evitar el fraude fiscal y garantizar el cumplimiento por los sujetos pasivos de la obligación de presentación. El cierre registral no puede quedar salvado por presentación ante administración distinta a la territorialmente competente. Así se deduce del artículo 55.3 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. El artículo 55.3 de la misma Ley 22/2009, de 18 de diciembre, en su segundo inciso establece que: «Cuando el rendimiento correspondiente a los actos o contratos contenidos en el mismo documento se considere producido en distintas Comunidades Autónomas, procederá su presentación en la oficina competente de cada una de ellas, si bien la autoliquidación que en su caso se formule solo se referirá al rendimiento producido en su respectivo territorio». Tal y como consta en el expediente, el día 20 de marzo de 2017 se presentó en la Oficina Liquidadora de Cebreros la escritura de aprobación y protocolización junto con escrito de alegaciones a fin de que dicha oficina se declarase incompetente, lo que originó que la citada oficina liquidadora, tras examinar la documentación aportada, procediese con fecha 5 de mayo de 2017, a girar propuesta de liquidación del impuesto de donaciones al entender que sí le correspondía tal competencia. En consecuencia, en el momento en que se produce la calificación, la oficina liquidadora competente, a juicio del registrador, y correlativamente la Comunidad Autónoma de Castilla y León, ya tenía cumplido conocimiento de las transmisiones operadas, y a través de los documentos presentados, de los elementos necesarios para la exacción del impuesto.

Resolución de 4-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Cifuentes

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: RECTIFICACIÓN DE FINCAS PROCEDENTES DE CONCENTRACIÓN PARCELARIA.

Esta Dirección General ya ha declarado que la certificación catastral es un documento hábil para acreditar circunstancias tales como el cambio de nombre o de número de la calle, siempre que no existan dudas de la identidad de la finca y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 437 del Reglamento Hipotecario y 3, 11 y 45 de la Ley del Catastro Inmobiliario (cfr. Resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 19 de febrero de 2015). Parece evidente que, cuando exista tal identidad de la finca, la certificación catastral es el documento idóneo para acreditar la modificación del número de polígono y parcela, pues debe recordarse que según el apartado 2 del artículo 34 de la Ley del Catastro, dichos elementos, polígono y parcela, son definitorios de la propia cartografía catastral. En cuanto al segundo defecto, se refiere a la improcedencia de la rectificación de la superficie de una finca resultante de un procedimiento de concentración parcelaria, sin rectificar el título original o previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente, en base a lo dispuesto en el artículo 201.1, letra e), de la Ley Hipotecaria. En este punto cabe recordar que en la meritada Resolución de 20 de abril de 2017 se concluyó que es posible la inscripción de una finca de reemplazo en un procedimiento de concentración parcelaria aun cuando no exista una total

coincidencia entre la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de la representación gráfica catastral aportada, considerando lo dispuesto en los artículos 204 y 206 de la Ley Hipotecaria y la ausencia de dudas de identidad o correspondencia de la finca con dicha representación gráfica. En el caso de este expediente, dado que la finca de reemplazo ya se encuentra inscrita, la transmisión del dominio de la misma no es un supuesto en el que obligatoriamente deba inscribirse la representación gráfica (art. 9.b) de la Ley Hipotecaria). Ahora bien, siendo admisible, como se señaló en aquella resolución, que al practicar la primera inscripción de la finca no exista total coincidencia entre la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de la representación gráfica catastral aportada, debe admitirse igualmente que en una inscripción posterior se rectifique la descripción cuando, como ocurre en el presente caso y se ha justificado en el fundamento anterior, no existe duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación. En el presente caso se aprecia la identidad total de la finca inscrita con la parcela catastral, por lo que se respeta la plena coordinación entre las parcelas catastrales que resultan del procedimiento de concentración parcelaria y las fincas registrales (cfr. art. 237 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y Resolución de 20 de abril de 2017), y por ello no se justifica la exigencia de rectificación del título de concentración parcelaria, de forma análoga a lo que sucedía en el caso de la repetida Resolución de 20 de abril de 2017.

Resolución de 4-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 2

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS FUNDADAS EN LA OPOSICIÓN FORMULADA POR EL AYUNTAMIENTO.

En todo caso, en el procedimiento del 199 de la LH será objeto de calificación por el Registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) «la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes». Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). 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. En el presente caso, resultan debi-

damente justificadas las dudas del Registrador, aunque no con el detalle que sería deseable, tal y como se aprecia en el informe. Tal y como señaló esta Dirección General en las Resoluciones de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, la protección registral que la Ley otorga al dominio público 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. Aunque, como señala el artículo 199, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del Registrador, especialmente cuando se trata de la oposición de la Administración Pública poniendo de manifiesto una situación que pudiera ser contraria a la legalidad urbanística vigente, o una parcelación urbanística ilegal, con inclusión de un camino colindante y alteración de la configuración física de la finca, con posible encubrimiento de un negocio jurídico no documentado y resultando incluso invasión de dominio público en el informe de validación catastral, circunstancias todas ellas proscritas por la legislación hipotecaria.

Resolución de 4-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Jarandilla de la Vera

CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: CALIFICACIÓN REGISTRAL.

Es objeto de este recurso determinar si es o no inscribible una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca en el que el medio de pago del precio que identificado por «el saldo actual de la deuda hipotecaria que grava la finca vendida, cuya deuda asume personalmente la parte compradora». Según el historial registral de la finca, la hipoteca no está inscrita en el Registro de la Propiedad. El artículo 11 de la Ley Hipotecaria establece que «en la inscripción de los contratos en que haya mediado precio o entrega de metálico, se hará constar el que resulte del título, así como la forma en que se hubiese hecho o convenido el pago, debiendo acreditarse los medios de pago utilizados, en la forma establecida en los artículos 21, 254 y 255 de esta Ley». 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, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, 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». No toda omisión de los elementos de identificación de los medios de pago que, según el artículo 177 del Reglamento Notarial deba constar en la escritura pública, produce el cierre registral (cfr. los párrafos cuarto y quinto de dicho precepto reglamentario). Centrándonos en el objeto del recurso, esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 22 de noviembre de 2013 y 2

de septiembre de 2016) ha venido destacando que no es preciso que se refleje pormenorizadamente todo el contrato que motiva el reconocimiento de deuda, sino que es suficiente que se haga la indicación de cuál es el contrato concreto del que deriva la deuda. Debe confirmarse el defecto alegado por el Registrador, ya que la deuda no ha quedado debidamente acreditada y, en consecuencia, el medio de pago tampoco ha quedado identificado. En este sentido será suficiente que se reseñe adecuadamente en la escritura de compraventa los datos referentes a la escritura de préstamo en la que se refleje la deuda hipotecaria o aportar dicha escritura de préstamo, debiendo quedar identificados los medios de pago (cfr. Resoluciones de 11 de marzo de 2013 y 9 de diciembre de 2014). En cuanto a la imposibilidad de hacer constar en el registro la subrogación por cambio del deudor, por no constar inscrita la hipoteca, hay que señalar que estamos ante una asunción de deuda por parte del comprador que no libera al vendedor en tanto el banco acreedor no consienta dicho cambio (cfr. arts. 118 de la Ley Hipotecaria y 1205 del Código Civil) y para que se produzca ese cambio de deudor no se precisa que la hipoteca esté inscrita.

Resolución de 4-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Baracaldo

USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: VIVIENDA TITULARIDAD DE UN TERCERO QUE NO INTERVIENE EN EL PROCEDIMIENTO.

De acuerdo con la Sentencia de la Sala del Pleno del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010: «(…) En el tema de la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges (…). Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios (…). Por ello matizando nuestra anterior jurisprudencia, (contenida en las Sentencias de 2 diciembre 1992 y 17 de julio 1994 y 14 de abril 2009 entre otras), debe señalarse que aunque el título que permitió al cónyuge el uso de la vivienda perteneciente al tercero tenga naturaleza contractual, no se mantiene esta relación con el otro cónyuge, que sea a tributario del uso por sentencia dictada en pleito matrimonial (…). Cuando el tercero propietario haya cedido el uso de forma totalmente gratuita y de favor al usuario de la vivienda, producida la crisis matrimonial y atribuido dicho uso al otro cónyuge, el propietario ostenta la acción de desahucio porque existe un precario. La posesión deja de ser tolerada y se pone en evidencia su característica de simple tenencia de la cosa sin título, por lo que puede ejercerse la acción de desahucio (…)». El necesario cumplimiento del principio de tracto sucesivo debe ser calificado por el Registrador en su nota de calificación, incluso al tratarse de un documento judicial, al suponer —dicha falta de tracto— un obstáculo que surge del registro y que impida la inscripción, tal y como se recoge en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Por ello, no constando la intervención del titular registral en el procedimiento de divorcio cuya sentencia aprobatoria del convenio regulador es objeto de presentación, no puede procederse a la inscripción, tal y como señala el Registrador en su nota de calificación.

Resolución de 5-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Torredembarra

SUSTITUCIÓN VULGAR: FORMA DE ACREDITAR LA INEFICACIA DE LA SUSTITUCIÓN.

Como cuestión previa, en primer lugar, respecto de la competencia de este Centro Directivo, la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado y la del Tribunal Constitucional han determinado que tratándose de una cuestión mixta de normas registrales de Derecho común (924 y sigs. Código Civil) y de Derecho foral (425-1 y sigs. del Código Civil catalán), este Centro Directivo es competente para resolver el recurso planteado. También cómo cuestión previa, es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, toda vez que el artículo 326 de la Ley Hipotecaria limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Al objeto de acreditar la ineficacia de la sustitución vulgar ordenada por el causante a favor de los descendientes del heredero premuerto, como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 1 de marzo de 2014 y 29 de enero y 6 de junio de 2016) «(…) resulta de especial trascendencia lo dispuesto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 82 del Reglamento Hipotecario. El supuesto más frecuente, e incluso típico, de «ineficacia del llamamiento sustitutorio» es precisamente la inexistencia de descendientes y que se trata de un hecho que es susceptible de acreditarse por medio de acta de notoriedad tramitada conforme al Reglamento Notarial, por la vía del artículo 209 del mismo, pues, si para acreditar la declaración de herederos abintestato se prevé el acta de notoriedad del artículo 209 bis del mismo Reglamento, no existe obstáculo para que uno de los extremos que es necesario acreditar por esta última, pueda acreditarse por el acta de notoriedad ordinaria del artículo 209 cuando no haya necesidad de acudir al acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato. El acta de notoriedad no es el medio exclusivo para acreditar la ineficacia del llamamiento sustitutorio, puesto que el artículo 82 establece que «podrá determinarse» por ella (párrafo tercero) y que «también será título suficiente» (párrafo cuarto), por lo que también existen otros medios de acreditación, tal como ha señalado este Centro Directivo, y concretamente, aparte del testamento del heredero sustituido, (…) existe en todo caso la posibilidad de obtener la declaración de herederos abintestato del propio sustituto, que puede ser útil si tuviera otros bienes, y que, según quienes la solicitaran, podría tramitarse por medio de acta de declaración o por auto judicial, atendiendo a los parientes de que se tratara. En el presente expediente no se ha acreditado la ineficacia del llamamiento sustitutorio a favor de los descendientes del hijo primeramente instituido.

Resolución de 5-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 3

DERECHO DE USO: CONFIGURACIÓN COMO DERECHO REAL INSCRIBIBLE.

Como cuestión previa, y pese a que no ha sido objeto de consideración desfavorable en la nota recurrida, este Centro Directivo no puede compartir la decisión del Notario de realizar, por sí y ante sí, la rectificación que se contiene en la diligencia extendida el día 3 de marzo de 2017, pues al afectar la misma al consentimiento negocial necesitaría del concurso de los otorgantes. No todo derecho civilmente válido, por el hecho de serlo, es inscribible sin más en el Registro de la Propiedad, debiendo quedar configurado para su futuro desenvolvimiento en el tráfico jurídico inmobiliario como derecho real, con concreción de su naturaleza y régimen jurídico, con base en la autonomía de la voluntad y en el sistema de «*numerus apertus*» que rige nuestro sistema hipotecario. Cabe recordar las conocidas características que se estima que sirven para conceptuar un derecho como real por contraposición a un derecho personal, tales como la inherencia a una cosa y la oponibilidad a terceros (algo que no puede identificarse sin más como la inscribibilidad), lo que, en sentido estricto y en el campo de los derechos reales (pues con carácter general tanto un derecho personal como uno real existen frente a todos y todos han de respetarlos), viene a suponer que dicho derecho pueda hacerse valer frente a cualquiera y no solo frente a quien se haya obligado (a dar, hacer o no hacer). Por ello, y a la vista del contenido de la diligencia subsanatoria (transcrita en el apartado de «Hechos», y cuya admisibilidad o inadmisibilidad por su carácter unilateral no puede decidirse, por no haberse planteado en la nota), que fija el contenido del derecho reservado, debe concluirse que este carece de aquellas características necesarias para que el derecho reservado sea un verdadero derecho real, constituyendo tal solo una mera obligación personal —tal y como ha sido configurado en la escritura—. Indudablemente, cabría la modelización de un derecho de uso con base en ese criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro Derecho inmobiliario, eso sí, cumpliendo las exigencias institucionales que antes han quedado enunciadas en detalle. Pero nada de ello sucede en el caso del presente recurso.

Resolución de 6-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Sarria, número 3

VITALICIO. RECURSO GUBERNATIVO: CORTESÍA JURÍDICA EXIGIDA AL RECURRENTE O REDACTOR.

La atención de la alimentista en una residencia entiende la Registradora calificante que es contraria a la regulación imperativa de la Ley de Derecho civil de Galicia en sus artículos 147 y 148 reguladores, junto con otros del contrato vitalicio, pues el artículo 148 dice, con carácter imperativo, que el vitalicio «deberá comprender el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes», lo cual no se cumple con el pacto transcrito de la escritura. La

jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales y la doctrina de este Centro Directivo se han decantado claramente en favor del carácter dispositivo, pues el derecho real nace de un contrato que ha de responder a muy variadas circunstancias: capacidad y estado de salud del alimentista, relación familiar o no del cedente con el obligado a alimentos. Así, en el particular punto relativo a la extensión de los alimentos, que es el que ahora se discute, es cierto que el artículo 148 de la Ley de derecho civil de Galicia está redactado en términos imperativos, sin preverse el pacto en contra, no existiendo en la regulación del derecho gallego una norma paralela al artículo 1793 del Código Civil, conforme a la cual, la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato. Pero al mismo tiempo el artículo 147 de la Ley de Derecho civil de Galicia parece referirse expresamente al pacto en cuanto a la extensión de la contraprestación de alimentos, interpretación que se refuerza con el artículo 153.1.2.ª de la Ley de Derecho civil de Galicia. En el sentido expuesto se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 15 de enero de 2015 diciendo: «el citado artículo 147 contempla como fuente normativa de este contrato «los términos que convengan» las partes sobre la prestación de alimentos que corresponde al cesionario, cuyo contenido imperativo se define en sentido amplio en el artículo 148.1, comprensivo de la habitación y de los cuidados afectivos. Por ello, el hecho de que dentro de estos conceptos no se incluya necesariamente un régimen de convivencia entre las partes, no impide que las partes puedan convenir libremente, de conformidad con aquella norma y con lo dispuesto en los artículos 1091 y 1255 del Código Civil, la obligación de la cesionaria de convivir con la cedente, en cuyo caso no basta para el cumplimiento del contrato con la prestación alimenticia en el sentido que imperativamente la define el artículo 148.1, incluido el deber de dar habitación a la cedente, sino que la misma ha de satisfacerse conviviendo con esta». En todo caso, al margen de que el vitalicio en Galicia tenga un contenido en general dispositivo o imperativo, un pacto relativo a entender cumplida la obligación por el cesionario aunque la cedente continúe ingresada en la residencia en que se halla, por no implicar necesariamente que no exista obligación de prestarle alojamiento si la cedente decidiera voluntariamente abandonar el centro donde se halla ingresada, viene a dejar en última instancia la decisión sobre su lugar de residencia a la propia cedente, y esto no parece que pueda contravenir la norma. La posibilidad de hacer constar en el Registro el carácter irrevocable de una transmisión no está exenta de problemas civiles y registrales como se verá. La posibilidad de que se resuelva el contrato por incumplimiento de las prestaciones de cualquiera de las partes derivaba, inicialmente, de su propia naturaleza bilateral y sinalagmática, como condición resolutoria tácita *ex* artículo 1124 del Código Civil; la legislación positiva dio expresa posibilidad a la acción resolutoria no solo desde la consideración de la aplicación del genérico artículo 1124 sino a través de la expresa previsión en el artículo 153 de la Ley de Derecho civil de Galicia. De lo expuesto queda claro el carácter sinalagmático y oneroso del vitalicio. Es cierto que las partes pudieron garantizar los alimentos y obligaciones del cesionario con condición resolutoria explícita, pero no se hizo, aunque es de esencia al contrato de vitalicio que incumplida la obligación de una de las partes en un contrato oneroso y sinalagmático pueda revocarse dominio si permanece en poder y posesión del obligado a la prestación de alimentos. De admitir el carácter irrevocable de la prestación del cedente del dominio se beneficia a una sola de las partes: el alimentista que, de tener el inmueble en su poder, podría hacer interminable un procedimiento para exigir la responsabilidad *ex* artículo 1911 del Código Civil

y determinar el quantum que sustituyera a la revocación del vitalicio. En cualquier caso la admisibilidad de la irrevocabilidad podría dar lugar a confusión, incompatible con el principio de determinación registral y protegería en exceso a alimentista en perjuicio del cedente.

También ha de tenerse en cuenta que la irrevocabilidad no es una cualidad que pueda afectar a terceros, sino que queda en el ámbito de las relaciones *inter partes*. Una cosa es la relación *inter partes,* que puede modularse al amparo de los artículos 1255 del Código Civil y 147 de la reiterada Ley gallega y otra muy distinta la eficacia de las acciones rescisorias y revocatorias frente a terceros, que no son dispositivas, sino imperativas y que se rigen por lo dispuesto en los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 6-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de Alicante, número 3

HIPOTECA: TASACIÓN DEL BIEN HIPOTECADO.

En un principio la exigencia de tasación de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, tenía como objeto prioritario garantizar el cumplimiento de los límites impuestos al importe de los créditos hipotecarios que puedan servir de garantía a las emisiones de cedulas o bonos hipotecarios. La citada Ley 1/2013 a esa finalidad inicial añadió, para toda hipoteca, ya se destine o no a servir de cobertura a una emisión de títulos hipotecarios, el amparo a los usuarios de los servicios financieros del peligro de la infravaloración del bien dado en garantía. El precio o tipo de subasta no es ya una cifra fijada libremente por las partes que ha de servir en su día de base a las posturas de los licitadores, sino que esa cifra debe ajustarse, hoy en día, a los márgenes fijados legalmente respecto del valor real de la finca determinado por los medios técnicos y en atención a las características económicas del inmueble en el momento de constitución de la hipoteca, con objeto de evitar un tipo que se aleje excesivamente, al alza o la baja de ese valor real. En consecuencia, la exigencia de la intervención en la valoración de entidades tasadoras homologadas administrativamente, responde a la necesidad de garantizar el cumplimiento de una serie de principios que persiguen la legislación del mercado hipotecario y la de protección de los consumidores en esta materia. Se debe plantear una serie de cuestiones como son si puede admitirse el procedimiento de ejecución directa hipotecaria (arts. 681 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) cuando la hipoteca tiene como objeto de garantía una finca o derecho que ya «*ab initio*» carece de valor o si concurre alguna circunstancia especial en este supuesto concreto que justifique la mencionada anomalía. Respecto de la primera cuestión, la respuesta debe ser negativa ya que sujetando la hipoteca de manera directa los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida (art. 1876 del Código Civil) y siendo de esencia de la misma que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenados los inmuebles sobre los que recae para pagar al acreedor (art. 1858 del Código Civil), mal podrá obtenerse ese pago, siquiera sea parcial, mediante la realización de una garantía que carece de valor venal. Ahora bien, todas estas normas sobre tasación y tipo de subasta no impiden la garantía hipotecaria parcial del crédito, es decir, la que no lo cubre en su

totalidad, porque, por ejemplo, la finca no tiene valor para poder garantizarlo íntegramente o porque así es la voluntad de las partes, pero en todo caso esta circunstancia debe quedar clara en la escritura de constitución. En el presente expediente, la tasación realizada por entidad homologada es muy reducido (0,01 euros), lo cual vendrá motivado por las especiales circunstancias concurrentes en la finca dada en garantía, pero no la hace absolutamente inhábil para que pueda admitirse el procedimiento de ejecución directa hipotecaria. El artículo 52 de la Orden ECO/805/2003 incluye en la lista de derechos susceptibles de valoración por este sistema a las concesiones administrativas. Debe concluirse que no se ha aportado una auténtica valoración válida de la finca o derecho —concesión administrativa o similar— objeto de recurso, a los efectos de la garantía hipotecaria, porque, en la que se acompaña a la escritura de hipoteca no se cumple con el principio de transparencia (art. 3), ya que el informe de valoración no contiene la información necesaria y suficiente para la fácil comprensión de su contenido, porque, como se ha expuesto, ni se detalla el método de valoración utilizado (art. 54), ni tan siquiera se indica el derecho especial que se valora o la documentación particular utilizada para la identificación completa del mismo (art. 8). Pudiera ocurrir, por ejemplo, que la responsabilidad hipotecaria asignada a la finca en cuestión (concesión administrativa) procediese del valor que a alguna o algunas de las otras fincas hipotecas se les hubiere atribuido por razón de contener en su subsuelo el yacimiento minero y a cuyo tipo de subasta se le hubieran deducido; pero, si así fuere, esta u otras circunstancias concurrentes deberán ser objeto de la correspondiente aclaración.

Resolución de 6-9-2017
(*BOE* 28-9-2017)
Registro de la Propiedad de La Palma del Condado

URBANISMO: TRANSMISIÓN DE CUOTA INDIVISA PREVIAMENTE INSCRITA.

Como ha reconocido esta Dirección General, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. Resoluciones de 10 de septiembre de 2015 y 12 de julio de 2016), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que, la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 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. También ha señalado que, la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación. Dado que la competencia legislativa sobre urbanismo ha sido atribuida a las comunidades autónomas, como se desprende de la Constitución (arts. 148.1.3.ª y 149.1 de la

Constitución Española y Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997 y 164/2001) y de los respectivos estatutos de autonomía, ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable, la que ha de 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. En particular, en el marco de la legislación urbanística andaluza el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. La Resolución de 5 de octubre de 2016, en el ámbito de la legislación valenciana, consideró aplicable el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, al regular la actuación del Registrador en caso de división o segregación de fincas realizadas en suelo no urbanizable, cuando de la operación que corresponda resulten parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiere a su juicio motivado, duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, en los términos que defina la legislación o la ordenación urbanística aplicable. Sin embargo, lo que ocurre en el presente expediente no es la inicial desmembración «ex novo» de la titularidad en un proindiviso, con o sin asignación de uso, u otro indicio de parcelación urbanística que puede ser calificado por el Registrador como suficiente para justificar la aplicación del citado artículo 79 del Real Decreto 1093/1997, sino que se pretende transmitir una cuota indivisa ya inscrita en el Registro de la Propiedad, acto que debe considerarse, en principio, neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual, lo que deberá apreciarse por el órgano competente y en el cauce procedimental oportuno.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 3-7-2017
(*BOE* 1-8-2017)
Registro Mercantil de Sevilla, número III

DISOLUCIÓN JUDICIAL. NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR. CONVERSIÓN DE ADMINISTRADOR EN LIQUIDADOR. JUNTA GENERAL. QUORUM DE CONSTITUCIÓN. ACCIONES EN MORA. ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍA PARA SU ADOPCIÓN.

La Resolución aborda el tema de la sociedad de dos socios o de dos grupos de socios con igual porcentaje de participación y criterios dispares, para lo cual la Ley contempla como última solución, a falta de normas estatuarias al respecto, la disolución forzosa por paralización de los órganos sociales. La LSC no prevé que el Juez que declare la disolución, nombre al liquidador y la regla de la conversión

automática o *ex lege* de los administradores en liquidadores es inadecuada en este caso, pues previsiblemente continuarían los mismos conflictos en la fase de liquidación. Debido a ello, por la doctrina científica y por los tribunales se consideró aplicable por analogía a esta disolución el mecanismo del artículo 377 LSC habilitando al Juez para nombrar liquidadores «independientes». Este es también el mecanismo adoptado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En cualquier caso para que un Consejo de administración quede convertido automáticamente en comisión liquidadora es preciso que en ese momento los administradores tengan sus cargos como tales vigentes. Cuando un accionista se encuentre en mora por desembolsos pendientes, el importe de sus acciones debe deducirse del capital social para el cómputo del *quórum* de constitución y no podrá ejercitar su derecho de voto. Pero estos efectos se producen solo respecto de las acciones pendientes de desembolso y no respecto de todas las que le pertenezcan. La LSC (artículo 201) establece las mayorías necesarias en 1ª y 2ª convocatoria partiendo de los porcentajes concurrentes a la junta y no por referencia a la totalidad del capital. La Resolución aborda el tema de la sociedad de dos socios o de dos grupos de socios con igual porcentaje de participación y criterios dispares, para lo cual la Ley contempla como última solución, a falta de normas estatuarias al respecto, la disolución forzosa por paralización de los órganos sociales. La LSC no prevé que el juez que declare la disolución nombre al liquidador y la regla de la conversión automática o *ex lege* de los administradores en liquidadores es inadecuada en este caso, pues previsiblemente continuarían los mismos conflictos en la fase de liquidación. Debido a ello, por la doctrina científica y por los tribunales se consideró aplicable por analogía a esta disolución el mecanismo del artículo 377 LSC habilitando al Juez para nombrar liquidadores «independientes». Este es también el mecanismo adoptado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. En cualquier caso para que un Consejo de administración quede convertido automáticamente en comisión liquidadora es preciso que en ese momento los administradores tengan sus cargos como tales vigentes. Cuando un accionista se encuentre en mora por desembolsos pendientes, el importe de sus acciones debe deducirse del capital social para el cómputo del quórum de constitución y no podrá ejercitar su derecho de voto. Pero estos efectos se producen solo respecto de las acciones pendientes de desembolso y no respecto de todas las que le pertenezcan. La LSC (art. 201) establece las mayorías necesarias en 1ª y 2ª convocatoria partiendo de los porcentajes concurrentes a la Junta y no por referencia a la totalidad del capital.

Resolución de 13-7-2017
(*BOE* 4-8-2017)
Registro Mercantil de Toledo

LIQUIDACIÓN. LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN.

El artículo 20.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación impone el cierre registral exclusivamente en relación con los individuos o sociedades que ostentan la condición de promotor, cuyo concepto viene delimitado por la actividad que realizan en el desarrollo de su objeto social. Solo se aplica entonces respecto de aquellos empresarios individuales o sociales en cuyo objeto se comprendan actividades de promoción.

Para practicar la inscripción de la liquidación basta con la declaración del liquidador de que no ha realizado actividad de edificación alguna o que ha

transcurrido el plazo de 10 años o, en su caso, de que ha suscrito debidamente las garantías correspondientes.

Resolución de 19-7-2017
(*BOE* 17-8-2017)
Registro Mercantil de Sevilla, número III

JUNTA GENERAL. PRESIDENTE. FACULTADES. SUSTITUCIÓN.

Corresponde al presidente de la Junta la declaración sobre la válida constitución de la misma y sobre los resultados de las votaciones, pudiendo efectuarse reservas o protestas. Debe velar por que la Junta tenga su normal desarrollo en sus tres fases: constitución, debate y votación, que constituyen una sola unidad, evitando casos dudosos en los que se plantee la duda de si se celebró una sola reunión o fueron varias, con posible incumplimiento entonces de requisitos de convocatoria. Pero no le corresponde aplazar o prorrogar la sesión, pues ello exige acuerdo de la propia Junta. En determinados supuestos (enfermedad repentina, ausencia, sustitución en el cargo con base en una actitud obstruccionista, etc.) puede acordarse su sustitución por otra persona para continuar o prorrogar la sesión. En el caso contemplado no ha quedado acreditada la prórroga o continuación de la Junta general, sin que puedan ser dilucidadas en el marco del recurso las cuestiones planteadas por los recurrentes sobre supuestas omisiones en el contenido del acta notarial de la Junta. El Registrador no queda vinculado por la actuación del presidente cuando su declaración resulte contradicha por la documentación aportada, los asientos del Registro o cuando no está respaldada por el contenido del acta notarial de Junta.

Resolución de 20-7-2017
(*BOE* 8-8-2017)
Registro Mercantil de Arrecife

EXTRANJEROS. NÚMERO DE IDENTIDAD.

Para la identificación de personas extranjeras que deban constar en la hoja abierta a la sociedad pueden ser utilizados alternativamente diversos documentos: su número de identificación de extranjeros, el de su pasaporte, el de su tarjeta de residencia, o cualquier otro documento legal de identificación que puede ser incluso la tarjeta de identidad del país de que se trate. Las personas físicas y jurídicas, así como los obligados tributarios deben obtener además un número de identificación fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria (18.1 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio). Este número puede ir unido a un documento legal de identificación del interesado o puede constar en otro documento que solo sirva para acreditar dicho número. Tratándose de extranjeros, ese número es el número de identificación fiscal es el número de identidad de extranjero que está integrado por nueve caracteres: una letra inicial, la X (una vez agotada la serie se continúa siguiendo el orden alfabético), seguida de siete dígitos o caracteres numéricos y de un código o carácter de verificación alfabético (orden del ministro del Interior de 7 de febrero de 1997, modificada por la Orden número INT/2058/2008, de 14 de julio). Si el documento que con-

tiene el número de identificación de extranjero contiene un error (en este caso contiene 8 dígitos numéricos en lugar de 9) debe rectificarse, pues es uno de los datos que obligatoriamente deben constar en la inscripción. A diferencia del supuesto contemplado en la Resolución de 21 de marzo de 2016 en que el error estaba en el asiento registral y el Registrador era el competente para corregirlo una vez puesto de manifiesto el dato correcto, en este caso el error procede del título. La Administración concedente es la competente para determinar la existencia del error y para corregirlo mediante, en su caso, la expedición de un nuevo documento. No obstante, el Notario autorizante puede rectificar la escritura, en los términos establecidos en la legislación notarial, al objeto de lograr la inscripción en el Registro Mercantil, pudiendo acceder, con este objeto, a la página web existente al efecto en el Ministerio del Interior.

Resolución de 21-7-2017
(*BOE* 10-8-2017)
Registro Mercantil de Central, número I

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

Los conceptos de marca y denominación no se confunden entre sí aunque estén interrelacionados, por lo que el hecho de que la sociedad demandante tenga registrada la marca «X» no le otorga un derecho a obtener una denominación social coincidente con aquella. La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «*cuasi* identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades. En el supuesto contemplado no se aprecia que exista identidad sustancial ni gramatical ni fonética entre la denominación solicitada —Mavike— y las ya registradas — Mavica, Maviquer, Mabeke, Mavec, Mabite, Mabec, Mavec, Mavicu y Mabek.

Resolución de 24-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro Mercantil de Navarra

PODER. REVOCACIÓN. FACULTADES DEL APODERADO.

Se trata de una escritura de revocación de un poder otorgada por un apoderado con facultad para «conferir poderes a las personas y con las facultades que se estimen convenientes para el desarrollo del objeto social, y revocar los poderes conferidos». El Registrador debe calificar que el Notario ha practicado la reseña identificativa del documento que contiene el poder ejercitado de modo adecuado, que ha efectuado un juicio de suficiencia de las facultades del representante y que este es congruente con el acto o negocio jurídico documentado. En este caso el juicio de suficiencia no es erróneo al existir una «coma» antes de la conjunción «y», lo cual es un claro indicio de que esa facultad revocatoria tiene sustantividad propia, pudiendo revocar no solo los poderes conferidos por el propio apoderado. Por otra parte, señala la Resolución que entender lo contrario conduciría a que alguien que cesa en la empresa y se desliga de ella al

ser reemplazo por otro conserva sus facultades inscritas, siendo esta situación frecuente en el tráfico jurídico.

Resolución de 25-7-2017
(*BOE* 12-8-2017)
Registro Mercantil de Tenerife, número I

TRANSFORMACIÓN. INFORME DE EXPERTO INDEPENDIENTE.

Resultando del balance que la sociedad que se transforma en SA tiene patrimonio no dinerario, es necesario informe de experto independiente exclusivamente sobre este, para acreditar que las acciones emitidas como consecuencia de la transformación cuentan con el debido respaldo patrimonial y no vulnerar el principio de cobertura del capital social. No basta la declaración en la escritura de que del balance aprobado por la Junta general resulta que el patrimonio social dinerario cubre el capital social existente más todo el pasivo corriente.

Resolución de 3-8-2017
(*BOE* 21-9-2017)
Registro Mercantil de Madrid, número IX

ADMINISTRADORES. RENUNCIA. NOTIFICACIÓN.

Reitera la doctrina recogida en la Resolución de 16 de diciembre de 2013. Para la notificación a la sociedad es suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento de renuncia siempre que la remisión se haya efectuado en el domicilio social según el Registro y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido entregado. En los casos en que resulte infructuoso por «desconocido», «ausente», etc., el Notario debe procurar realizar la notificación presencialmente conforme al artículo 202 RN.

Resolución de 30-8-2017
(*BOE* 21-09-2017)
Registro Mercantil de Madrid, número XII

LIQUIDACIÓN. CONCURSO SIN MASA.

Se trata de un supuesto de los llamados «concursos sin masa». En el Registro figura inscrito el auto de declaración de conclusión de concurso por insuficiencia de masa, con extinción de la sociedad y cancelación de todos sus asientos. Se presenta escritura elevando acuerdos de disolución, nombramiento de liquidador, aprobación de balance y declaración de extinción de la sociedad. La Resolución toma en consideración determinadas sentencias al respecto y, en especial, la de unificación de doctrina de fecha 24 de mayo de 2017. Se resuelve que, tras haberse hecho constar la extinción de la sociedad, es improcedente inscribir una ulterior escritura de extinción de la misma. No obstante, en estos casos hay que tener en cuenta que no se ha pasado por el trámite intermedio de apertura de la liquidación. El cierre registral, en este caso, debe admitir posibles asientos

posteriores, pues el nombramiento de liquidador es una vicisitud posterior que interesa a terceros, y las operaciones de liquidación interesan al liquidador y a los socios. Además su constancia registral tiene apoyo en el artículo 248.1 y 2 del Reglamento del RM (este sistema no está todo acreditado).

Resolución de 5-9-2017
(*BOE* 28-09-2017)
Registro Mercantil de Toledo

CUENTAS ANUALES. MODO DE PRESENTACIÓN. REQUISITOS DE LA CERTIFICACIÓN.

En materia de depósito de cuentas, debe distinguirse entre el acuerdo de su aprobación y la certificación del mismo, y el modo de su presentación en el Registro Mercantil. La certificación debe reunir los requisitos generales del artículo 112 RRM y los especiales del 366.1.2º. La correspondencia entre las cuentas aprobadas y las presentadas a depósito se garantiza por la firma que en las mismas debe constar de los administradores sociales y por la identificación que de las mismas debe hacerse en la certificación del acuerdo de aprobación, que se lleva a cabo por referencia a la denominación social y al ejercicio a que las cuentas aprobadas se refieren, y, en su caso, al número de hojas en que las mismas están extendidas. Si la certificación se presenta en soporte informático mediante los correspondientes archivos amparados en firma electrónica avanzada, la identidad entre las cuentas aprobadas y las presentadas se garantiza mediante el propio mecanismo de firma electrónica o mediante la certificación que lleva a cabo el órgano de administración sobre la huella digital generada. Y además, en última instancia, la responsabilidad sobre esta circunstancia corresponde al órgano administrador. El Registrador solo debe verificar que los datos de correspondencia (ya sean físicos, ya de generación por medios informáticos), coinciden. No es necesario que en el certificado de aprobación conste el modo en que se presentan pues ello resultará del propio Registro.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Sobre el supuesto derecho al insulto a los políticos; Comentario a la Sentencia 97/17 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella

On the supposed right to insult politicians; Commentary on Judgment 97/17 of the Court of First Instance n.º 3 from Marbella

por

RAMÓN HERRERA DE LAS HERAS

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Almería

RESUMEN: El presente trabajo trata de analizar, desde un punto de vista crítico, la Sentencia 97/17 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella, que absuelve al demandado de una posible intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Dicha absolución se basa en que frases como «hijo de puta» se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión cuando se dirige a un político.

ABSTRACT: This paper tries to analyze, from a critical point of view, the judgment 97/17 of the Court of first instance núm. 3 of Marbella, which absolves the defendant of a possible illegitimate intrusion into the claimant's right to honor. This acquittal is based on the fact that phrases such as «son of a bitch» are protected by the right to freedom of expression when addressed to a politician.

PALABRAS CLAVE: Derecho al honor. Libertad de expresión. Límites. Políticos.

KEY WORDS: Right to honor. Freedom of speech. Limits. Politicians.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO.—II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIO A LA SENTENCIA.

I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Ejercita el actor, un concejal de un municipio malagueño, la acción de tutela del derecho fundamental al honor con reclamación de indemnización frente a la entidad Menéame Comunicaciones, S.L., y ello en relación con unas expresiones publicadas en la web www.meneame.net, de la que es titular la demandada, concretamente en los comentarios al pie de una noticia publicada en dicha web el 5 de noviembre de 2015, a las 13,00 horas, que decía «*El concejal… gastó 14.600 euros en teléfono en un mes*», comentarios consistentes en «*este es un hijo de puta*», «*un ladrón de toda la puta vida*» y «*ladrón*», expresiones que, según el demandante, constituyen insultos y expresiones injuriosas y nada tiene que ver con la libertad de expresión, sin que el actor haya sido nunca condenado por ningún hecho en toda su vida, no siendo veraces ni de interés general, no apareciendo legitimados por el derecho a la crítica ni a la libertad de información y expresión; comentarios que no fueron borrados o retirados por la demandada, pese a los requerimientos realizados al efecto desde el mes de septiembre de 2016, y que aparecían como «*comentario destacado*», todo lo cual ha ocasionado un enorme perjuicio al demandante dada la amplia difusión de los comentarios, que han sido compartidos en las redes sociales de forma viral, existiendo responsabilidad de la mercantil demandada como titular del dominio en el que se publicaron los comentarios ofensivos por su falta de diligencia y colaboración.

La entidad demandada, Menéame Comunicaciones, S.L., se opuso a la demanda, alegando, en síntesis, que no es responsable de los comentarios efectuados por los usuarios en la web de cuyo dominio es titular, que no tuvo conocimiento de la concreta ubicación de los comentarios injuriosos objeto de la demanda hasta la recepción de la demanda. Así mismo se basa en que los comentarios objeto de litis se enmarcan en un contexto de crisis económica y con innumerables casos de corrupción, con una considerable sensibilización ciudadana, debiendo tenerse en cuenta que el actor ejercía un cargo político, viniendo generados los comentarios por una noticia que hace referencia a una presunta irregularidad cometida por el mismo en el ejercicio de dicho cargo, no pudiendo atribuirse por ello carácter injurioso ni atentatorio contra el derecho al honor a las expresiones vertidas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Señala la sentencia que «*fijado dicho punto de partida, el debate litigioso se centra en determinar si tales expresiones son o no atentatorias contra el honor del actor… Se trata, pues, de determinar, en primer lugar y como presupuesto esencial de la acción entablada, si las expresiones objeto de litis (antes reseñadas) son o no constitutivas de lesión o intromisión ilegítima en el derecho al honor. Y a este respecto es preciso, abundando en lo ya expuesto al inicio de este Fundamento, profundizar en ello y hacer algunas consideraciones legales y jurisprudenciales a propósito del derecho al honor y su protección civil, así como sobre los límites resultantes de la integración con otros derechos también fundamentales, comenzando por examinar la doctrina jurisprudencial existente en la materia*».

Establece la sentencia «*sobre si las expresiones de que se trata (antes reseñadas) son o no constitutivas de lesión o intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, la respuesta no puede ser sino negativa de acuerdo con los datos fácticos acreditados y ya expuestos al inicio del anterior Fundamento, y de acuerdo también con lo interesado por el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones, y ello porque dado el tenor literal de las expresiones litigiosas, antes trascrito, ha de concluirse que las mismas carecen de entidad suficiente para ser consideradas como una intromisión ilegítima o un atentado contra el derecho al honor del actor Sr. LÓPEZ MÁRQUEZ, debiendo considerarse como afirmaciones normales (aun cuando de mal gusto) comprendidas dentro del ámbito ordinario de la crítica política en el seno de la ciudadanía, máxime en un contexto social como el que existía o imperaba en España a finales de 2015 y desde varios años atrás, de una profunda crisis económica y con innumerables casos de corrupción político-económica presentes a diario en los medios de comunicación, con la consiguiente y lógica sensibilización ciudadana al respecto, en particular en relación con el manejo de fondos o caudales públicos, debiendo tenerse en cuenta que el actor ejercía por entonces un cargo político… habiendo sido los comentarios o expresiones litigiosas generados o formulados en relación con una noticia que hacía referencia a una presunta irregularidad cometida por el mismo en el ejercicio de dicho cargo, la ya indicada de que «El concejal… gastó 14.600 euros en teléfono en un mes», debiendo por todo ello concluirse reiterando que las expresiones o comentarios no cabe calificarlos de objetivamente injuriosos en relación con dicho contexto, y han de considerarse amparados por el ejercicio de la libertad de expresión, sin que quepa apreciar en los mismos un* animus injuriandi *o actitud difamatoria o injuriante de carácter directo. Y es que es preciso recordar la posición actual de la jurisprudencia, favorable a reconocer un ámbito muy amplio de crítica en relación con los personajes públicos, particularmente cargos políticos, de modo que los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político, considerado en esta condición, que para un particular, ya que, a diferencia del segundo, el primero se expone inevitable y conscientemente a un mayor control de sus acciones tanto por parte de los periodistas como por la ciudadanía en general; cuanto mayor sea la relevancia política de una persona, y la de un concejal es considerable desde luego en el ámbito local o municipal en el que ejerce su cargo y responsabilidades), mayor es la exposición de su conducta al escrutinio público y más alto el techo de las libertades de información y de opinión. No cabe duda de que cuando la libertad de expresión se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, el peso de la libertad de información es más intenso, permitiendo la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, siempre que las expresiones no sean gravemente ofensivas o vejatorias y el lenguaje se corresponda con el habitualmente utilizado en la práctica, como sin duda ocurre con las expresiones de que se trata (ladrón e hijo de puta), reiterando que se trata de comentarios de terceros respecto de una noticia que causaba un particular rechazo social, careciendo, además, las expresiones publicadas del suficiente valor peyorativo, pudiendo entenderse que no se formulan o dirigen de forma concreta contra la persona del actor, sino que se realizaron como una crítica respecto de una determinada forma o manera de actuar en el ámbito político, sin intención directa de lesionar el derecho al honor*».

III. COMENTARIO A LA SENTENCIA

Antes de iniciar el comentario propiamente dicho, creo necesario hacer una breve introducción al concepto del Derecho al honor. La Constitución Española

recogió, en sus artículos 18 y 20, la protección del Derecho al honor, aunque no se aportó concepto alguno, quizá porque el constituyente pensó que su contenido sería distinto tanto en el tiempo como en el sujeto activo, pues la consideración que cada uno tiene de su propia estima no siempre es igual, bien al contrario[1]. Así lo ha interpretado el propio Tribunal Constitucional, quien en su Sentencia de 13 de noviembre de 1989 señalaba que «*el contenido del derecho al honor, que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su artículo 18, apartado 1, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento*». El Derecho al honor forma parte de los derechos de la personalidad, esos que el profesor DE CASTRO denominaba «*bienes de la personalidad*»[2], concretamente del Derecho a la integridad moral, cuya protección se extiende tanto al ámbito público a través de los delitos de injurias y calumnias, como al estrictamente privado, accionable por vía civil, «*especialmente porque se trata del derecho más individual y particular de todos los que quepa imaginar*»[3].

La protección jurídica del derecho al honor se articula en nuestro sistema a través de varias vías. La primera es la constitucional, puesto que es esta la que los desarrolla y, por lo tanto cabrá, como ya hemos señalado anteriormente, el ejercicio del recurso de amparo para su protección. Otra es la penal, a través de los delitos de injurias y calumnias, que debe ser reservada para los casos, entiendo, más graves. También puede entrar en acción la vía administrativa y, por último, pero quizá la más habitual, la vía civil. Así, la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen regula estos tres derechos de forma prácticamente conjunta. Aunque es verdad que los tres son derechos de la personalidad, no cabe duda de que son derechos independientes y muy distintos.

Por lo que respecta al honor, la mencionada Ley tan solo dedica un precepto exclusivo a este, el artículo 7.7, que establece qué será intromisión ilegítima contra el derecho al honor «*la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*». Y esa imputación de hechos o las manifestaciones de juicios de valor pueden producirse por cualquier canal. Ya sea tradicional —periódicos en papel, televisión o en un acto público[4]— o en medios más modernos y actuales como las redes sociales.

Entrando ya en lo que es el comentario propiamente dicho, la sentencia basa la absolución de la demandada en dos elementos principales, que, por un lado, las expresiones recogidas en los comentarios se realizan no contra el actor, sino contra una determinada forma de actuar en el ámbito político, y por otro, en que la expresión «*hijo de puta*» puede ser una expresión «*de mal gusto*» o «*grosería*», pero que no puede considerarse un insulto que atente contra el honor.

Respecto a la primera señala únicamente el juzgador de instancia que las expresiones recogidas por la web meneame.net «*no se formulan o dirigen de forma concreta contra la persona del actor, sino que se realizaron como una crítica respecto de una determinada forma o manera de actuar en el ámbito político*». No aporta el juzgador sentencia alguna en este sentido pero, como ahora veremos, confunde los términos que, sin duda alguna, van dirigidos contra el recurrente, y no contra la generalidad. Y es evidente que las expresiones no se realizan a un colectivo, los políticos, sino al demandante, pues a él se refiere al decir textualmente, como se recoge en los hechos probados, que «*este es un hijo de puta*». Y dice «*este*», —el político— individualizando el insulto, y no estos —los políticos—. Y lo hace al pie de una noticia referida al concejal, y no a otro. Y

hace el comentario incluso a la relación de un gasto telefónico del concejal, es decir, de una acción concreta de este. No hace referencia a la generalidad o al colectivo. Decía el comentario, como se recoge en la sentencia, que «*es un ladrón de toda la puta vida*», y no son unos ladrones. No es que se diga que los políticos son unos hijos de puta, o que son ladrones. Se individualiza, se señala al actor de manera clara y concreta.

Obvia el juzgador de instancia que aun hoy se pueden ver comentarios, con sus acrónimos[5], como «*Menudo hdlgp*» (Hijo de la gran puta; comentario realizado por Lokens en el #5), o «*tremendo HdlP* (tremendo hijo de la gran puta) «*esto no Pparará hasta que saquemos las guillotinas a las plazas*» (realizado por dandelion, en el #37) A este respecto la Audiencia Provincial de Málaga en su sección 7.ª y en Sentencia de 9 de junio de 2015, condenó por vulneración del derecho al honor del demandante al entender que «*H.P*». era un acrónimo evidente de «*Hijo de puta*».

No hay nada que objetar a la necesidad de ponderar los derechos al honor y a la libertad expresión, que el juzgador basa en la Sentencia del Tribunal Supremo con fecha de 4 de junio de 2009 que afirma que «*teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad, del artículo 18 de la Constitución Española, ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información*» Aunque personalmente entiendo que más que ponderación habría que hablar de límites. El propio juzgador reconoce, como no puede ser de otra manera, que la prevalencia de la libertad de expresión no es absoluta. Y es cierto que no se puede abstraer la expresión de su contexto. Es incuestionable que llamar ladrón a alguien no siempre vulnera el derecho al honor, pues dependerá de los hechos acaecidos. Si al que llaman ladrón ha robado es evidente que no hay vulneración. Quiero con esto decir que, a pesar de que el político se dedique a la actividad pública, no se acreditó en el proceso que hubiese sido condenado, ni imputado, ni investigado por la justicia. Y eso forma parte, como es lógico, del contexto.

También lo forma el hecho de que el insulto haya sido por escrito, meditado, y no en una acalorada discusión entre dos personas que es a lo que se refiere la Sentencia de la Sección 4.ª de la A.P. de Málaga núm. 707/2016, de 16 de diciembre en la que se apoya en juzgador de instancia. Así lo ha estimado el Tribunal Supremo, al menos en lo referente a las páginas webs, al establecer en su Sentencia de 25 de febrero de 2009 que «*las manifestaciones vertidas en la página web tienen una mayor gravedad por ser un texto escrito, y por consiguiente meditado, por lo que ni siquiera cabe discurrir acerca de la improvisación del momento de las intervenciones, en radio o en televisión, que tienen lugar en directo*».

A este respecto los tribunales vienen señalando que no es lo mismo, como se pone de manifiesto en la Sentencia de 17 de enero de 2014 de la Audiencia Provincial de Sevilla, cuando uno «*responde por escrito, que implica un grado de reflexión incompatible con una respuesta espontánea y acalorada*», que cuando lo hace de una manera instantánea y oral en una discusión. Pero es que la expresión ha permanecido años en la web, y tan solo se retiró una vez que la demandada recibió la demanda. ¿Habría tenido que soportar el demandante que la expresión «*este es un hijo de puta*» permaneciese en la web *ad infinitum*? Es decir, que a pesar de que conocían la existencia, no retiraron los comentarios ofensivos.

Estimo que yerra el juzgador al ampararse en la veracidad de la noticia, pues lo que se discute en este caso no es la noticia, que esa sería otra cuestión, sino los insultos y expresiones injuriosas. Confunde en varias ocasiones el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información que, aunque

se encuentren amparados en el mismo artículo de nuestra Constitución, tienen contenidos distintos. Así, al afirmar en la sentencia que «*el peso de la libertad de información es más intenso*» —que el del derecho al honor—, tendría que haber analizado el derecho a la libertad de expresión. Es decir, que la señalada «*preferencia despliega su eficacia cuando la información es de interés general o trascendencia pública, y veraz*» nada tiene que ver en este caso, pues nos encontramos ante la discusión de si debe prevalecer el comentario «*este es un hijo de puta*» como derecho a la libertad de expresión o, en cambio, como sostenemos nosotros se trata de una vulneración del derecho al honor.

En este sentido se ha manifestado la propia Audiencia Provincial de Málaga, en su sección 7.ª y en Sentencia de 9 de junio de 2015 en la que afirma que «*Sí que puede tener un indudable interés general esa publicación periodística, pero no es este artículo el que es objeto de ponderación. Por el contrario, las manifestaciones del Sr. Jesús Luis en su muro de Facebook, son clara expresión de frases que ponen de relieve la orientación sexual que atribuye al Sr. Juan Manuel, lo que, evidentemente afecta a su esfera íntima y por ello a su honor, no a su proyección pública*». Es decir, que lo que se juzga no es la noticia enlazada en meneame.net, sino los comentarios insultantes que se producen a raíz de la noticia. En cambio, el juzgador de instancia se basa en la Sentencia de la Sección 4.ª de la A.P. de Málaga núm. 707/2016, de 16 de diciembre.

Pero vuelve a errar, pues la mencionada sentencia no hace referencia al derecho a la libertad de expresión, sino al de información, que nada tiene que ver en cuanto a su contenido. El «*reportaje neutral*» al que se refiere nada tiene que ver con el presente caso, pues el llamar a alguien «*hijo de puta*» no forma parte de ningún reportaje ni noticia, sino es un comentario ofensivo evidente. Es decir, que la veracidad, como hemos señalado, que tanto se analiza en la sentencia nada tiene que ver con lo aquí discutido. Hace única y exclusiva referencia a si la expresión vertida es o no un insulto.

Es cierto, como señala la sentencia, que el derecho a la libertad de expresión «*comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida o pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige*», lo que no comprende en ningún caso es el derecho al insulto. Sobre esto existe numerosísima jurisprudencia que posteriormente analizaremos de forma detenida.

Pero es que el propio juzgador de instancia, en contra de lo expresado en el fallo, menciona varias sentencias, recogidas en la Sentencia núm. 26/2017, de 1 de febrero, de la Sección 11.ª de la A.P. de Madrid, que afirman que ese derecho a la libertad de expresión «*tiene como valladar el empleo de frases o expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se exponga, pues el artículo 20.1 a) de la Constitución española no reconoce un pretendido derecho al insulto —vid SSTC 148/2001, 127/2004 y 39/2005—*» Tanto es así que compartimos la jurisprudencia citada en la Sentencia, pero no su interpretación. Señala la propia Sentencia ahora citada que «*En efecto, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional quedan amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelan como necesarios para la exposición de ideas u opiniones de interés público —por todas, SSTC 107/1988, 171/1990, 181/2006 y 9/2007— y que además, en la medida en la que no quede ya excluida su legitimación por su gratuidad a tales efectos, no sean «formalmente injuriosas»… pues el campo de acción viene solo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se exponga —entre otras muchas, SSTC 49/2001, 181/2006 y 9/2007*».

El Tribunal Supremo también se ha manifestado en este sentido. Entre otras muchas sentencias, la de 14 de abril de 2008 pone esto de manifiesto al afirmar que «*el párrafo litigioso contiene afirmaciones insultantes, que son innecesarias para el cumplimiento de los fines que se pretenden en el libro, no pudiéndose entender amparadas por la libertad de expresión*». ¿Realmente la expresión «este es un hijo de puta» es *necesaria «para la exposición de ideas u opiniones de interés público»? ¿No nos encontramos justamente ante una expresión gratuita y «formalmente injuriosa»? ¿Cabe mayor insulto que «hijo de puta»?*

Utiliza el juzgador para argumentar la sentencia absolutoria del presente caso, entendemos que erróneamente, expresiones que no fueron consideradas como atentatorias contra el honor por la Sentencia núm. 26/2017, de 1 de febrero, de la Sección 11.ª de la A.P. de Madrid. Así señalaba la Audiencia que «*deslealtad y un signo de corrupción dentro de nuestra cooperativa*», «*la mala utilización de la información confidencial de los socios por parte de trabajadores de Cione, para su propio beneficio*», «*tráfico de influencias por parte de la dirección de Cione a la hora de otorgar puestos de trabajo*» o «*falta de ética, responsabilidad, valores que tanto se promulgan en la Cooperativa, de la Directiva… que solo les mueve su interés personal y económico*». Pero nada tienen que ver esas expresiones con las vertidas en el presente caso. No es lo mismo opinar que alguien ha sido desleal a decirle que es un «*hijo de puta*». No es lo mismo decir que tiene «*falta de ética*» o «*que solo le mueve su interés personal y económico*» que llamar a alguien «*hijo de puta*». Es indudable, entendemos, que una expresión es un insulto evidente, no hay que ser filólogo ni sociólogo para verlo, y otras son valoraciones que, además, como señala la sentencia se realizaban «*al amparo no solo del artículo 20.1 de la Constitución Española, sino de la normativa estatutaria que disciplina las relaciones entre los socios cooperativistas —v.gr. artículo 9*».

Pero es que sorprende que el juzgador de instancia acuda a sentencias que vienen a reafirmar una y otra vez que no cabe el derecho al insulto, para luego fallar en sentido contrario. Así se hace eco de la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 750/2016, de 22 de diciembre para argumentar que el derecho al honor de los políticos «*la prevalencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión… más aún, por la proyección pública de quien era un político de máximo nivel (expresidente del Gobierno de España)*». *Pero es que la misma sentencia señala que si prevalece ese derecho a la libertad de expresión es precisamente porque «sin que en la exteriorización de tales opiniones se acudiera a frases, palabras o expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias»*. Señala la sentencia que «*en general se ha considerado que las críticas o incluso las palabras injuriosas vertidas en un marco de confrontación sindical no constituyen intromisión ilegítima en el honor de las personas criticadas», pero a continuación señala que «en cambio se ha considerado atentatorio al honor la utilización de expresiones vejatorias e insultos, imputación de conductas que podrían ser constitutivas de ilícitos punibles, etc. (STS de 18 diciembre 2002, rec. núm. 1627/1997)*». Concluye la mencionada sentencia que «*en cualquier caso, las informaciones deben ser veraces, concurrir interés público y que las expresiones no se consideren injuriosas*».

No niego que el derecho al honor en los políticos esté más restringido, lo que no quiere decir que este no exista. Así afirma en sus fundamentos de derecho el juzgador de instancia que «*los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político*», lo que no quiere decir que no existan esos límites. Es cierto, como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 750/2016, de 22 de diciembre *que «los límites de la crítica aceptable son más amplios para un político»*, pero el hecho de que sean más amplios no significa que no los tenga, bien al contrario.

No podemos obviar que la citada sentencia también establece que «*cuanto mayor sea la relevancia política de una persona, y la de un expresidente del Gobierno es máxima, mayor es la exposición de su conducta al escrutinio público y más alto el techo de las libertades de información y de opinión*».

En este caso hablamos de un concejal de un municipio, que ni siquiera forma parte del equipo de gobierno, sino que se encuentra en la oposición. Tanto es así que la sentencia en la que se sustenta el juzgador de instancia añade que «*no existirá intromisión ilegítima en el honor cuando la opinión crítica fundada en hechos veraces no sobrepase el margen de tolerancia*». Entendemos que «*hijo de puta*» no se encuentra dentro de dicho margen, bien al contrario. Si el insulto «*hijo de puta*» forma parte de dicho margen de tolerancia, ¿qué expresión no lo estaría? Según el argumento de la sentencia cabría el derecho al insulto, no a los políticos en cuanto colectivo, sino a cualquier político individual por muy honrado que este sea.

No comparto el criterio expresado por el juzgador de instancia cuando afirma que «*ha de concluirse que las mismas carecen de entidad suficiente para ser consideradas como una intromisión ilegítima o un atentado contra el derecho al honor del actor Sr. concejal, debiendo considerarse como afirmaciones normales (aun cuando de mal gusto) comprendidas dentro del ámbito ordinario de la crítica política*» Afirma el juzgador de instancia que «*permitiendo la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, siempre que las expresiones no sean gravemente ofensivas o vejatorias y el lenguaje se corresponda con el habitualmente utilizado en la práctica, como sin duda ocurre con las expresiones de que se trata (ladrón e hijo de puta)*».

Nos cabe la duda de qué expresión podría entonces considerarse gravemente ofensiva o vejatoria. Sostiene que la expresión «*hijo de puta*» es admisible pues han sido «*formulados en relación con una noticia que hacía referencia a una presunta irregularidad cometida por el mismo en el ejercicio de dicho cargo*» —luego si se hace en referencia a este caso, viene a reconocer el juzgador que la expresión se dirige en concreto contra el concejal, y no contra la generalidad de los políticos—. Pero es que esa presunta irregularidad no es tal, no hay, como ya hemos señalado, ni ha habido, ningún procedimiento en curso, siquiera administrativo. Se obliga al demandante a cargar con una culpa de algo que no existe. Pero ni siquiera se ha demandado al autor de la noticia, que esa sería otra cuestión —esta sí ligada al derecho a la libertad de información—, sino al hecho de permitir un insulto durante años en una web, a sabiendas de su existencia.

Entiende el juzgador que «*hijo de puta*» «*no cabe calificarlos de objetivamente injuriosos en relación con dicho contexto, y han de considerarse amparados por el ejercicio de la libertad de expresión*». Es decir, que al amparo de una noticia pretende legitimar eso que de forma tan reiterada en la propia sentencia rechaza la jurisprudencia, el derecho al insulto. Pero es que el propio Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma reciente sobre esta materia en su Sentencia núm. 50/2017 de 27 de enero en el que confirma la sentencia recurrida en la que se afirma literalmente que el derecho a la libertad de expresión no ampara «*la difusión de expresiones inequívocamente ofensivas en cualquier tipo de contexto, como "hija de puta"*». Hay que mencionar que la referida Sentencia trata también sobre una persona pública. Es decir, que independientemente del contexto, la citada expresión vulnera el derecho al honor de mi mandante.

Y eso aunque el contexto no sea de extrema gravedad, o el de un condenado por algo. Sostiene el Tribunal Supremo para condenar en este caso que «*la prevalencia en abstracto de las libertades de expresión e información solo puede*

revertirse en el caso concreto atendiendo al peso relativo del honor y de la intimidad según las concretas circunstancias concurrentes, siempre que… se prescinda en su comunicación del uso o empleo innecesario de expresiones inequívocamente ofensivas o vejatorias». En la misma línea se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de febrero de 2015. Así considera que, entre otras muchas, la expresión «*hija de puta fue, lisa y llanamente, insultos graves, socialmente considerados como tales, que llevaban consigo un evidente ánimo de ofender, indebidamente no apreciado por el tribunal sentenciador*». Concluye la mencionada sentencia que «*aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor. Así es como debe entenderse la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de que la Constitución «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 216/2013 [RTC 2013, 216], 77/2009 [RTC 2009, 77], 56/2008 [RTC 2008, 56], 9/2007 y 176/2006 [RTC 2006, 176] entre otras muchas)*».

Y eso a pesar de que, efectivamente, la mencionada sentencia señala que las expresiones han de ser contextualizadas, pero dicho contexto no implica que desparezca el insulto. Así permite, basándose en el contexto, expresiones como «*casi fascista*», «*ser intelectualmente inferior*», o «*zoquete*», pero no las en este caso proferidas, incluyendo «*hija de puta*» o «*choriza*». Por cierto que en el mencionado caso también se trataban de personas con relevancia pública y, como en el caso que nos ocupa, el Ministerio Fiscal negó tal intromisión ilegítima.

A mayor abundamiento, la Audiencia Provincial de Málaga, en su sección 7.ª y en Sentencia de 9 de junio de 2015 condena por vulneración del derecho al honor al que insulta a un tercero llamándolo «*hijo de puta*». Así afirma la sentencia que «*las frases y expresiones utilizadas por el demandado, a la vista de cualquier persona normal de cultura elemental, tienen un indudable contenido ofensivo o ultrajante. Ningún otro significado puede darse al hecho de que se le llame maricón, mariquita Pérez, hijo de puta (aceptamos la interpretación que el Jugado* a quo *realiza de las siglas H.P.)— y las demás que emplea máxime si se acompaña del video reseñado, por más que se quiera ver en ello la utilización de un «animus iocandi*». Coincidimos con la Audiencia cuando afirma que «*el lenguaje ofensivo que utiliza resulta absolutamente innecesario, sin que pueda ser considerado como una crítica al actor Sr. Juan Manuel, sino, a todas luces, como la expresión de una opinión indudablemente injuriosa, denigrante para este y, desde luego, desproporcionada. Se trata de un insulto en toda regla, que aparece proscrito por el artículo 20. 1. a). C.E. (RCL 1978, 2836), según es interpretado por el Tribunal Constitucional (STC núm. 216/2013, de diciembre [RTC 2013, 216])*». Continua la Sentencia referida afirmando que «*parece evidente que para participar en esa red la contrariedad, enfado, malestar o cualquier otro sentimiento que esa publicación de Interviú haya podido generar en el Sr. Jesús Luis, o para mostrar su repulsa hacia el mismo, el lenguaje ofensivo que utiliza resulta absolutamente innecesario, sin que pueda ser considerado como una crítica al actor Sr. Juan Manuel, sino, a todas luces, como la expresión de una opinión indudablemente injuriosa, denigrante para este y, desde luego, desproporcionada. Se trata de un insulto en toda regla, que aparece proscrito por el artículo 20. 1. a). C.E. (RCL 1978, 2836), según es interpretado por el Tribunal Constitucional (STC núm. 216/2013, de diciembre [RTC 2013, 216])*».

Para más inri, la Sentencia de la Audiencia de Málaga ahora señalada trata de insultos proferidos contra un político, concretamente el Viceconsejero de Control y Gestión de Servicios que, a pesar de ser político, mantiene su derecho

al honor. Y la Sentencia condena a pesar de la necesaria contextualización, en un momento en el que ya existía en la sociedad ese hartazgo que menciona el juzgador de instancia. Más aun, el contexto del supuesto juzgado en el caso de la Audiencia de Málaga señala que las manifestaciones vertidas por el condenado «*obedece a un artículo periodístico publicado el 13 de febrero de 2012 por la Revista Interviú titulado «Qué grande ser joven… y del PP», en el que se hace eco de la denuncia realizada por el Sr. Juan Manuel ante los Juzgados y ante el Defensor del Pueblo, de una "Trama corrupta" de determinados compañeros suyos de ese partido político en esta Ciudad*».

Coincidimos con la Sentencia de la Audiencia en que lo que ha de juzgarse en estos casos no es el contenido del artículo periodístico, ni el contexto del mismo, sino las expresiones que pueden vulnerar el derecho al honor. Así, «*aun cuando ambas partes tienen una indudable proyección pública en Melilla, según antes se dijo, sin embargo, objetivamente consideradas esas expresiones vertidas por el Sr. Jesús Luis haciendo uso de su derecho a la libertad de expresión, no puede decirse que por su contenido, se refieran a asuntos de relevancia pública o interés general. Tales expresiones constituyen la manifestación de una reacción de descalificación hacia la persona del apelado…*».

Señala el juzgador que no se aprecia *un animus injuriandi* en las expresiones señaladas. Entiende, por lo tanto, que se trata de una expresión al amparo del *animus iocandi*. Vuelve a errar el juzgador, pues no aporta un solo hecho, declaración o indicio de que esto es así. Olvida el juzgador que la intención o ánimo de injuriar ha sido admitida por la jurisprudencia como una presunción *iuris tantum,* es decir, se tiene la intención salvo que se pruebe lo contrario, cuando las palabras empleadas manifiesten de una forma objetiva y con una clara intención difamatoria. Así lo afirma, entre otras muchas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 61/2006. Es evidente, desde un punto de vista objetivo, que existe una voluntad de menoscabar la reputación del recurrente. No se trata de una caricatura, ni de un chiste o broma. Se trata de un comentario, ofensivo, realizado con total y absoluta seriedad, en el marco de una web de enlaces de noticias.

Es más, desconoce el juzgador la identidad del autor de los comentarios, y ello porque se trata de un comentario anónimo alojado en una web. No sabemos si el autor es un rival político, un vecino de la ciudad o cualquier otra persona. Es decir, que es imposible que se haya roto la presunción *iuris tantum* ahora mencionada. Porque solo a través de este se puede probar que esas expresiones, que de por sí pueden ser injuriosas, no se hicieron con esa finalidad.

Pero incluso si se hubiese tratado de una crítica satírica o humorística, que ya ha evidenciado esta parte que no es así, la doctrina es también muy clara. Sostiene el Catedrático DE VERDA Y BEAMONTE que «*una cosa es conceder mayor margen de libertad para la crítica realizada en el marco de un tono jocoso o burlón y otra, muy distinta, que el personaje público objeto de la sátira haya de soportar cualquier tipo de intromisión, porque toda persona, sea pública o privada, tiene derecho a un ámbito de respeto y estimación social*»[6]. Tanto es así que son numerosos los pronunciamientos de los Tribunales en los que se condena por vulneración del Derecho al honor a caricaturas que se extralimitan en el ejercicio de su derecho de crítica. Un ejemplo de esto es la Sentencia de 14 de abril de 2000 del Tribunal Supremo que establece que «*por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o,*

dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Una sociedad que permite el insulto gratuito, que no limita las expresiones vejatorias que se pueden realizar a los ciudadanos, es una sociedad que permite que nos encontremos ante la más absoluta impunidad. No porque un colectivo, los políticos, se encuentren cuestionados por la sociedad se puede permitir que se insulte de manera gratuita a uno de ellos que nada tiene que ver con la situación o alarma creada. Bajo este argumento, si en la sociedad hubiese un hartazgo contra otros estamentos, pongamos la iglesia, el ejército, la sanidad o la judicatura, nada impediría que, debido a situación mencionada, se pudiese llamar a cualquier miembro de ese colectivo «*hijo de puta*» sin ser reprendido, al menos civilmente, por ello.

NOTAS

[1] *Diario La Ley.*

[2] *Derecho civil de España.*

[3, 4, 5] https://www.meneame.net/m/actualidad/concejal-fiestas-pp-marbella-gasto-14-600-euros-telefono-mes

[6] DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: Discurso satírico y derecho al honor. Comentario a la STEDH de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013, 31), Caso EON c. Francia. Revista Boliviana de Derecho, núm. 18, 2014, 357.

1.2. Derecho de familia

La protección de los menores en situación de desamparo

The protection of the minors in situation of abandonment

por

ANA I. BERROCAL LANZAROT

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio han reformado la regulación relativa a las actuaciones e instituciones jurídicas de protección de menores. El presente estudio se va a centrar en el análisis de tales modificaciones, más en concreto, en las actuaciones en situación de desamparo, en la guarda y tutela asumida por las Entidades Públicas, y en el acogimiento familiar y residencial en su regulación en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y en el Código Civil.

ABSTRACT: The organic law 8/2015, of July 22 and the law 26/2015, of July 28 they have reformed the regulation relative to the juridical actions of minors' protection. The present study is going to centre on the analysis of such modifications, more in I make concrete, in the actions in situation of abandonment, in the guard and guardianship assumed by the public entities and in the familiar and residential receive in his regulation in the organic law 1/1996, on January 15 of juridical protection of the minor and in the Civil Code.

PALABRAS CLAVE: Menores. Situación de desamparo. Guarda administrativa. Tutela *ex lege*. Entidad pública. Acogimiento familiar y residencial.

KEY WORDS: Minor. Situation of abandonment. Administrative guard. Public organization. Guardianship ex lege. Familiar and residential receive.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES.—III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.—IV. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA GUARDA O TUTELA ADMINISTRATIVA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.—V. EL ACOGIMIENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y TIPOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La protección de la infancia y la adolescencia constituye uno de los ejes de actuación de los poderes públicos. Viene representada por el conjunto de medi-

das y actuaciones que se dirigen a garantizar el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos a la infancia como colectivo y las destinadas a prevenir e intervenir en las situaciones de desprotección en que pueden hallarse las personas menores de edad. El artículo 39 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, es especial, de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. A tales efectos, se pretende el establecimiento de un sistema público de protección de menores de carácter global y de ordenación coherente. En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal aprobó la Ley 13/1983, de 14 de octubre sobre la tutela; la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modificaron determinados preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción; con posterioridad, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil que, aborda una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección reguladas en el Código Civil; se refuerzan, asimismo, los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; se determinan los derechos de los menores; se sanciona las medidas y los principios rectores de la acción administrativa en la materia; se fija de modo genérico las actuaciones que han de seguirse en los casos de desprotección social del menor; se establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos: se distingue entre situaciones de riesgo y desamparo que dan lugar a un grado distinto de intervención de la entidad pública; se ofrece una regulación del acogimiento familiar —simple, preadoptivo y permanente— y del acogimiento residencial; y, en fin, en materia de adopción, se introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes que, habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es esta la que formula la propuesta o, directamente por el Juez, en otro caso. Más recientemente, en esta línea de asegurar la protección social, económica y jurídica de los menores, se aprueba la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción internacional que, concibe por ello esta como una medida de protección de los menores, que no pueden encontrar una familia en sus países de origen y establece las garantías necesarias y adecuadas para asegurar que las adopciones internacionales se realicen ante todo, en interés superior del niño y con respeto a sus derechos. Igualmente, se pretende evitar y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños, asegurando al mismo tiempo la no discriminación del menor por razón del nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, deficiencia o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Tiene por objeto el marco jurídico y los instrumentos básicos para garantizar que todas las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del menor y la finalidad de esta Ley es proteger los derechos de los menores que van a ser adoptados, considerando también los de las personas que se ofrecen para la adopción y demás personas implicadas en el proceso de adopción internacional (art. 2). Se completa la Ley con la modificación de varios preceptos del Código Civil —artículos 9.5, 154, 172.3 y 6 y se adicionan nuevos apartados 7 y 8 y 180—. Con ello, se vino a establecer un marco regulador que, garantizaba a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores (art. 149.1.20 de la CE)[1].

Ahora bien, la regulación atinente a la protección de menores trasciende del ámbito interno. Así, entre los acuerdos e instrumentos internacionales ratificados por España hay que destacar dos Convenciones de Naciones Unidas, la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 y sus Protocolos facultativos, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 de noviembre de 2007. Además hay que destacar el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, la Resolución A 3-0172/92 del Parlamento Europeo que, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño y, el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

Sobre estas bases normativas, el legislador estatal ha considerado necesario adaptar algunas de las normas existentes como la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LOPJM—, el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil a los nuevos cambios sociales que, han incidido en la situación de los menores y demandan una mejora en los instrumentos de protección jurídica para hacer efectivo precisamente el mandato constitucional contenido en el citado artículo 39 de la Constitución Española y las normas de carácter internacional mencionadas. Para ello se ha aprobado la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. La primera de las normas tiene por objeto introducir cambios jurídico-procesales y sustantivos necesarios en aquellos ámbitos considerados como materia orgánica, al incidir en los derechos fundamentales y libertades públicas establecidas en los artículos 14, 15, 16, 17.1, 18.2 y 24 de la Constitución Española. Se pretende la mejora de los citados instrumentos de protección a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del estado que, sirva de marco a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores con independencia de su situación administrativa en caso de menores extranjeros[2] y, asimismo, se procede a la revisión del sistema español de protección de menores conforme a los últimos convenios internacionales ratificados por España sobre la materia[3]. Se compone de dos artículos y tres disposiciones finales. En el artículo primero se establecen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el artículo segundo se determinan las modificaciones que afectan a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera se recogen las modificacio-

nes correspondientes a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio de Poder Judicial; en la disposición final segunda se modifica la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en la disposición final tercera se modifica la Ley Orgánica1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

Por su parte, la Ley 26/2015 tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que, permiten continuar garantizando a los menores, como se ha señalado, una protección uniforme en todo el territorio de Estado y que constituye una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación sobre la materia. Además y de modo recíproco esta Ley viene a incorporar algunas novedades que habían sido establecidos por algunas normas autonómicas anteriores. Consta de cuatro artículos, veintiuna disposiciones finales, además de siete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias y una disposición derogatoria. En el artículo primero se recogen las modificaciones de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor; en el segundo las que afectan al Código Civil; en el tercero las correspondientes a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional; en el cuarto, las relativas a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; en la disposición final primera las que afectan a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; en la disposición final segunda las relativas a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; en la disposición final tercera la relativa al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; en la disposición final cuarta la que afecta a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; en la disposición final quinta las que afectan a la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; en las disposiciones finales sexta y séptima, las relativas a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y a la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa; en la disposición final octava las correspondientes a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; en la disposición final novena, la que afecta a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; en las disposiciones finales décima a decimocuarta las que afectan a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la Ley 35/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, y al texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Las siete últimas disposiciones finales se refieren al título competencial, habilitación normativa a las Ciudades de Ceuta y Melilla y al Gobierno en general, a la creación del Registro Central de delincuentes sexuales, a las modificaciones y desarrollos reglamentarios, a la incorporación de normativa europea, al no incremento del gasto presupuestario y a la entrada en vigor.

En la disposición adicional primera, se recoge la referencia a la utilización en los textos legales de la expresión «Entidad Pública» en relación a la Entidad Pública de protección de menores competente territorialmente; en la disposición adicional segunda, las referencias al acogimiento preadoptivo, al acogimiento simple y a las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional; la disposición adicional

tercera habilita al Gobierno a promover, con las Comunidades Autónomas, el establecimiento de criterios comunes y mínimos estándares de cobertura, calidad y accesibilidad en la aplicación de la presente ley; la disposición adicional cuarta establece el régimen jurídico de los centros específicos de protección de menores con problemas de conducta de entidades privadas colaboradoras de las entidades públicas competentes; la disposición adicional quinta establece un mecanismo interterritorial de asignaciones de familias para acogimiento, o, en su caso, adopción; y la disposición adicional sexta establece una equiparación de regímenes jurídicos de acogimiento previstos en la presente ley con relación a las normas existentes con anterioridad a la misma y a las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas. Las dos primeras disposiciones transitorias establecen la normativa aplicable a los procedimientos judiciales ya iniciados a la fecha de su entrada en vigor, así como al cese de los acogimientos constituidos judicialmente.

No obstante, la regulación básica prevista en esta Ley 26/2015, hay que, señalar que, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas han desarrollado su propia normativa de protección de menores al amparo de la competencia en materia social contenida en el artículo 149.1.20 de la Constitución Española que, ha determinado un trato desigual y disfuncional en la protección de menores[4]. Si bien, precisa al respecto la disposición final 15.ª de la citada Ley 26/2015 que, la presente Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva para dictar la legislación civil atribuida al Estado por el artículo 149.1.8.º de la Constitución Española, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo para las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan en aquellas materia relativas a la protección de menores no reservadas a Ley Orgánica[5]. Asimismo, en todo lo no previsto en las correspondientes normativas autonómicas, se deberá aplicar supletoriamente lo previsto en la regulación establecida por la Ley 26/2015. De todas formas, esta convivencia de normativa estatal y autonómica no está exenta de cierta problemática, al poder existir un contenido contradictorio entre ambas, así por ejemplo, se siguen utilizando en algunas legislaciones autonómicas la clasificación tradicional de acogimiento simple, permanente y preadoptivo y también la posibilidad junto al acogimiento familiar por la entidad pública mediante resolución administrativa, la constitución por vía judicial, que ya no opera en la normativa estatal pero sí en la autonómica[6]. Por lo demás coincidimos con la doctrina en la necesidad de haber centrado en una única Ley la regulación de la materia en lugar de hacerlos en dos —una Ley Orgánica y otra Ley Ordinaria con el mismo título— y asimismo, en haber articulado el tratamiento normativo de la materia en dos textos legislativos (LOPJM y Código Civil) con la consiguiente reiteración de contenidos y la dispersión que, asimismo, ello conlleva —por ejemplo en materia de acogimiento su regulación se contiene en el Código Civil —artículos 172 ter, 173 y 173 bis— y, por otro en la LOPJM —artículos 20, 20 bis y 21—[7].

Sobre tales bases, el presente estudio se va a centrar en la reforma operada por la Ley 26/2015 en materia de protección de menores, en concreto, en el análisis de la situación de desamparo en que se pueden encontrar aquellos, en la guarda y la tutela por parte de la administración pública competente y, en el acogimiento familiar y residencial.

II. LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE PROTECCIÓN DE MENORES

El sistema de protección de menores representa el conjunto de servicios, actuaciones y medidas de intervención de los poderes públicos destinadas a paliar

las situaciones de desprotección en que pudiera encontrarse los menores con el fin de garantizar su desarrollo integral y promover su inserción en un contexto social y familiar normalizado. De ahí que, las actuaciones en materia de protección de menores se dirijan a prevenir, detectar y reparar o corregir las situaciones de riesgo o desamparo, con el establecimiento de los servicios y recursos adecuados para tal fin[8]. Así son medidas de protección: el apoyo a los menores a través de medidas y ayudas económicas y/o técnicas a los progenitores que se dirijan a cubrir sus necesidades básicas y mejorar su entorno y con ello se prioriza la intervención en el entorno familiar con el fin de facilitar el mantenimiento del menor en tal medio familiar; el ejercicio de la guarda administrativa y, en los casos de declaración de desamparo, la asunción de la tutela por ministerio de la ley de la Entidad Pública competente; la asunción de la guarda del menor ejercida mediante acogimiento, la adopción, en su caso, la constitución de una tutela ordinaria y, cualquier otra medida de carácter asistencial, educativo o terapéutico en atención a las circunstancias del menor[9]. En tales actuaciones de protección deberán primar, en todo caso, las medidas familiares frente a las residenciales, las estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas. Estos principios ya habían sido establecidos en las Directrices sobre las modificaciones alternativas de cuidado de los niños de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 24 de febrero de 2010 y en diversos documentos aprobados por el Servicio Social Internacional.

En todo caso, los poderes públicos velarán para que los progenitores, tutores, guardadores o acogedores, desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y les facilitarán servicios accesibles de prevención, asesoramiento y acompañamiento en todas las áreas que afectan al desarrollo de los menores. También, garantizarán los derechos y obligaciones de los menores con discapacidad en lo que respecta a su custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares, velando al máximo por el interés superior del menor. Asimismo, garantizarán que los menores con discapacidad tengan los mismos derechos respecto a la vida en familia (art. 12.7 de la LOPJM).

Ahora bien, cualquier medida de protección no permanente que se adopte, habrá de revisarse; así respecto de menores de tres años tal revisión tendrá lugar cada tres meses, y respecto de mayores de esa edad cada seis meses. Se trata de acogimientos permanentes la revisión tendrá lugar el primer año cada seis meses y, a partir del segundo año, cada doce meses[10]. Con ello, se recoge otro de los ejes vertebradores de esta reforma, como es la obligación de las Entidades Públicas de revisar, en plazos concretos, las medidas de protección adoptadas. De esta manera se obliga a realizar un seguimiento personal de cada niño o adolescente y una revisión de la medida de protección. En este contexto, además de las distintas funciones atribuidas por ley, la Entidad Pública habrá de remitir al Ministerio Fiscal informe justificativo de la situación de un determinado menor cuando este se haya encontrado en acogimiento residencial o acogimiento familiar temporal durante un periodo superior a dos años, debiendo justificar la Entidad Pública las causas por las que no se ha adoptado una medida protectora de carácter más estable en ese intervalo.

Ahora bien, la actuación de los poderes públicos está guiada por el principio de intervención mínima, conforme a lo que se otorga siempre prioridad a la actuación en el entorno familiar del niño o adolescente para evitar cuando sea posible que, sea separado del mismo; y el principio de proporcionalidad para garantizar en todo momento la adecuación de las medidas a la situación concreta del menor[11].

III. LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA

La intervención administrativa aparece necesariamente enmarcada y orientada por un conjunto de principios y criterios que, constituyen a la vez mandato y garantía de ajuste permanente de la misma, tanto a la esencia de lo que representa la acción protectora como tal, como al contenido de los derechos específicos que la propia ley reconoce a los menores protegidos. La prioridad de actuación en el entorno familiar, el respeto a la autonomía, libertad y dignidad del menor, la consideración de su participación en la toma de decisiones en función de su madurez, los principios de proporcionalidad e intervención mínima, y el interés superior del menor son ejemplo de estos principios. Por otra parte, los derechos reconocidos a los menores como sujeto activo en la satisfacción de sus propias necesidades, a ser informado y oído en la toma de decisiones relativas a su protección, a recibir un tratamiento adecuado contribuyen junto a los principios o criterios de actuación a definir y concretar la actividad administrativa de protección. Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. Es por ello que, habrán de articular políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y los derechos de los menores; así, como habrán de impulsar políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales y el desarrollo de tales políticas, para lo que se ha de proporcionar los recursos y medios necesarios —a tal fin se ha de garantizar a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que la propia discapacidad precise—.

Para la consecución de tales objetivos, se establecen en el artículo 11.2 de la LOPJM como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con la protección de los menores los siguientes: a) La supremacía de su interés superior[12]; b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional[13]; c) Su integración familiar y social; d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal; e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección; f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten; g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social; h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten; i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso; j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia; k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas; l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual; y, m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

Respecto al principio del interés superior del menor, señalar que, representa un principio fundamental en la materia de protección de menores y adolescentes y, asimismo, principio vertebrador de todas las instituciones de protección

que, deberá prevalecer sobre el resto de los intereses legítimos[14]. Con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015 se dota de contenido a lo que hasta ahora representaba un concepto jurídico indeterminado y que ha sido objeto de diversas interpretaciones. A tal fin, se modifica el artículo 2 de la LOPJM incorporando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, así como los criterios de la Observación General número 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño. Este concepto, como precisa el Preámbulo de la citada Ley, se define desde un contenido triple: 1. Es un derecho sustantivo, en el sentido que el menor tiene derecho a que cuando se adopta una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución; 2. Es un principio general interpretativo, de manera que cualquier normativa jurídica ha de ser interpretada conforme al mismo con el objeto de realizar la interpretación que mejor responde a los intereses del menor; y 3. Es una norma de procedimiento. A los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor se tendrán en cuenta la edad y madurez del menor y en caso de concurrir con cualquier otro interés legítimo, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo al interés superior del menor, respeten también estos otros intereses legítimos y, en caso de no poder respetarse estos, debe primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda concurrir[15]. Conformando el propio contenido del interés superior del menor, este tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniendo en cuenta sus opiniones, en función, igualmente, de su edad y madurez[16]. Ciertamente en los procedimientos judiciales y administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente y habrán de realizarse de manera adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, de ser necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando de preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. Este derecho a ser oído y escuchado podrá ser ejercitado por el menor por sí mismo, cuando tenga suficiente madurez o a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza con él, pueden transmitirla objetivamente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera que, tiene suficiente madurez el menor que tenga doce años cumplidos. Ahora bien, si en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución denegatoria ha de ser motivada en interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor, y en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia del menor, así como su valoración (art. 9 de la LOPJM).

Además del derecho a ser oído y escuchado, el menor tiene derecho a buscar, recibir y utilizar información adecuada a su desarrollo[17]. Al respecto en el artículo 5.1 de la LOPJM se hace una mención expresa a la alfabetización digital y mediática como herramienta imprescindible para que los menores puedan

desarrollar su pensamiento crítico y tomar parte activa en una sociedad participativa y en un mundo actual que, no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Esta alfabetización digital será adaptada a cada etapa evolutiva, con el objeto de permitir a los menores actuar con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos. En todo caso, para que el menor pueda ejercer su derecho a ser oído y escuchado deberá recibir la información en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias y en los procedimientos judiciales o administrativos, se le deberá informar tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

Por otra parte, como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores y como criterio interpretativo y de aplicación del interés del menor, se prioriza el mantenimiento del menor en su propia familia de origen, salvo que no sea posible y positivo para el menor, en cuyo caso se procederá a la adopción de la correspondiente medida de protección familiar y estable, priorizando el acogimiento familiar frente al residencial. Por lo que cuando el menor hubiera sido separado de su entorno familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora, primando siempre el interés del menor y las necesidades de este sobre las de la familia de origen (arts. 2.2 y 11.2 b) de la LOPJM). Como señala DÍEZ GARCÍA «ese derecho del menor a crecer y ser educado por su propia familia puede ser calificado como un derecho subjetivo perfecto ejercitable *erga omnes* o como derecho fundamental subordinado a su interés, que permite afirma la ilegalidad de cualquier procedimiento judicial o administrativo dirigido a privarle de su propia familia fuera de los casos previstos por la ley»[18]. Ahora bien, si el menor se encuentra bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, todas las actuaciones de protección de tales menores estarán encaminadas, precisamente, a procurar la permanencia de los menores con independencia de su edad con aquella, así como garantizar su protección, atención especializada como víctima directa de la violencia de género y su recuperación (art. 12.3 de la LOPJM). En situación de riesgo de cualquier índole en que se pueda encontrar un menor, la intervención de la administración pública competente se ha de orientar a garantizar los derechos del menor. Además de disminuir los indicadores de riesgo y promover medidas de protección que preserven la permanencia del menor en el entorno familiar (art. 17.3 de la LOPJM). En todo caso, la supremacía del interés del menor resulta prioritaria y preferente en relación a cualquier decisión que se adopte y en cualquier medida de protección que le afecte, incluso en el mantenimiento en su familia de origen; por lo que podrá determinarse la necesidad de la no permanencia del menor en el entorno familiar, cuando ello le sea perjudicial.

Sobre tales bases y en relación con los principios que definen la actuación de los poderes públicos en materia de protección de menores, el apartado tercero del citado artículo 11 de la LOPJM establece la necesaria protección de los menores contra cualquier forma de violencia, incluida la producida en su entorno familiar, de género, la trata y el tráfico de seres humanos y la mutilación genital femenina entre otros. Para ello se articulan políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y, de modo especial, las referidas a los derechos enumerados en esta ley. Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios

por sí mismos o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores.

Igualmente, desarrollan actuaciones de sensibilización, prevención, detección, asistencia y protección frente a cualquier forma de maltrato infantil y de violencia contra la infancia y la adolescencia estableciendo los procedimientos que aseguren la coordinación entre las Administraciones Públicas, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.

De acuerdo con los principios mencionados en líneas precedentes, se opera la reforma de las instituciones de protección a la infancia y a la adolescencia y se establece una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo y desamparo, conceptos jurídicos indeterminados que, por primera vez, se definen en una normativa estatal. Por otra parte, se establecen como actuaciones de protección a llevar a cabo por los poderes públicos: las de atención inmediata[19], situación de riesgo, y situación de desamparo.

Respecto a las actuaciones en situaciones de riesgo se considera como tales «aquellas en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la Administración Pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar»[20]. A tales efectos, se considerará indicador de riesgo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente —circunstancia esta que puede resultar también indicio de la procedencia de una declaración de desamparo según establece el párrafo tercero del artículo 18.2 de la LOPJM—. En todo caso, la concurrencia de circunstancias o carencias materiales se considerará indicador de riesgo, pero nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar (art. 17.1 de la LOPJM) —al igual que sucede con la declaración de desamparo cuando en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 18 de la LOPJM señala que «la situación de pobreza de los progenitores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo»[21]—. Por otra parte, la discapacidad del propio menor o la de sus progenitores no puede determinar *a priori* una situación de riesgo y la consiguiente separación del menor de su núcleo familiar, como tampoco la discapacidad de los progenitores, tutores o guardadores puede motivar el desamparo del menor como, asimismo, establece el citado apartado 2 del artículo 18. Como novedad, se otorga especial relevancia a la intervención en las situaciones de posible riesgo prenatal a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido; por lo que al *nasciturus* no se le incluye en tales situaciones, en la línea de las Recomendaciones de la Comisión Espacial para el Estudio de la Problemática de la Adopción nacional y otros temas afines[22] y a diferencia de la protección que, en algunas legislaciones autonómica se otorga al mismo[23].

Para ello, la Administración Pública competente, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, adoptará todas aquellas medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá

por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por esta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido.

En todo caso, los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la Administración Pública competente, así como al Ministerio Fiscal.

Con la finalidad de proteger al recién nacido, tras su nacimiento se podrá mantener la intervención sobre el menor y su unidad familiar; y, de ser necesario, se podrá declarar la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección (art. 17.9 de la LOPJM).

Ahora bien, entre las situaciones de riesgo se prevé también aquella en que los progenitores, tutores o guardadores o acogedores se niegan a prestar su consentimiento respecto de los tratamientos médicos no consentidos por sus progenitores u otros responsables legales. Lo que ha supone la modificación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (disposición final de la Ley 26/2015). Para ello se modifican los apartados 3, 4 y 5 y se añaden los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley 41/2002. Así, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 del artículo 9, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial directamente o a través del Ministerio Fiscal para que se adopte la resolución correspondiente, salvo que por razones de urgencia no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por la causa de justificación del cumplimiento de un deber y de estado de necesidad (apartado 6) —por lo que se protege a los profesionales sanitarios frente a una eventual exigencia de responsabilidad, y les posibilita un importante margen de actuación dentro de lo que representa el cumplimiento de la *lex artis*, lo que constituye una importante novedad—. Por su parte, precisa DÍEZ GARCÍA en los casos más graves, resultará proceden, en su caso, y de acuerdo con el interés del menor, la declaración de desamparo, siempre que «el alejamiento del menor se repute necesario para salvaguardar su derecho a la vida o a su integridad física y se repute que esta es una medida proporcionada respecto a la amenaza a este derecho originada por el incumplimiento de este deber de vela»[24].

IV. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO Y LA GUARDA O TUTELA ADMINISTRATIVA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Son dos las principales novedades respecto del desamparo. Por un lado, en el artículo 18 se completa la definición de la situación de desamparo regulada en el artículo 172 del código Civil, estableciendo, por primera vez, en una norma de carácter estatal, las circunstancias que la determinan, con lo que se introduce una importante clarificación y unificación de criterios para su declaración. Asimismo, se establece como causa de desamparo el consumo habitual de sus-

tancias con potencial adictivo por parte de progenitores, tutores o guardadores, se entiende como habitual los criterios de consumo perjudicial, abuso o dependencia, según las definiciones de la Organización Mundial de la Salud o de la Asociación Americana de Psiquiatría. Y por otra, se regula por primera vez la competencia de las Entidades Públicas respecto a la protección de los menores españoles en situación de desprotección en un país extranjero y el procedimiento a seguir en caso de traslado de un menor protegido desde una Comunidad Autónoma a otra distinta, cuestiones que no estaban tratadas en la normativa correspondiente hasta ahora.

Por otra parte, además de lo previsto en el artículo 18 de la LOPJM, el antiguo artículo 172 del Código Civil se desdobla en tres artículos con el objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (art. 172), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (art. 172 bis) y de las medidas de intervención en ambos supuestos mediante el acogimiento familiar y residencial (art. 172 ter).

Así, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores constate que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 a 174 del Código Civil, asumiendo la tutela de aquel por ministerio de la ley, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (art. 18.1 de la LOPJ).

A tal efecto, se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material (art. 18.2 de la LOPJ y art. 172.1 apartado 2 del Código Civil).

Al respecto, se constata como un indicador de desamparo, entre otros, el tener un hermano declarado en tal situación, salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente.

En particular, se entenderá que, existe situación de desamparo cuando se dé alguna o algunas de las siguientes circunstancias con la suficiente gravedad que, valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, supongan una amenaza para la integridad física o mental del menor en la línea de las leyes autonómicas de protección de menores. Así: a) El abandono del menor, bien porque falten las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda, o bien porque estas no quieran o no puedan ejercerla[25]; b) El transcurso del plazo de guarda voluntaria, bien cuando sus responsables legales se encuentren en condiciones de hacerse cargo de la guarda del menor y no quieran asumirla, o bien cuando, deseando asumirla, no estén en condiciones para hacerlo, salvo los casos excepcionales en los que la guarda voluntaria pueda ser prorrogada más allá del plazo de dos años; c) El riesgo para la vida, salud e integridad física del menor. En particular cuando se produzcan malos tratos físicos graves[26], abusos sexuales o negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de aquellas[27]; también cuando el menor sea identificado como víctima de trata de seres humanos y haya un conflicto de intereses con los progenitores, tutores y guardadores; o cuando exista un consumo reiterado de sustancias con potencial adictivo o la ejecución de otro tipo de conductas adictivas de manera reiterada por parte del menor con el conocimiento, consentimiento o la tolerancia de los progenitores, tutores o guardadores. Se entiende que existe tal consentimiento o tolerancia cuando no se hayan realizado los esfuerzos necesarios para paliar estas conductas, como la solicitud de

asesoramiento o el no haber colaborado suficientemente con el tratamiento, una vez conocidas las mismas. También se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal; d) El riesgo para la salud mental del menor, su integridad moral y el desarrollo de su personalidad debido al maltrato psicológico continuado[28] o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades afectivas o educativas por parte de progenitores, tutores o guardadores. Cuando esta falta de atención esté condicionada por un trastorno mental grave, por un consumo habitual de sustancias con potencial adictivo o por otras conductas adictivas habituales, se valorará como un indicador de desamparo la ausencia de tratamiento por parte de progenitores, tutores o guardadores o la falta de colaboración suficiente durante el mismo[29]; e) El incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de guarda como consecuencia del grave deterioro del entorno o de las condiciones de vida familiares, cuando den lugar a circunstancias o comportamientos que perjudiquen el desarrollo del menor o su salud mental[30]; f) La inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación del menor de similar naturaleza o gravedad; g) La ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo y la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria[31]; y, h) Cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia[32] (art. 18.2 apartado 4 LOPJM).

Para que opere la situación de desamparo es necesario que el incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección priven al menor de la necesaria asistencia moral o material y que, las circunstancias en que se manifiesta tal incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección valoradas y ponderadas conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, sean lo suficientemente graves[33]. En todo caso, en la enumeración descrita de circunstancias que pueden determinar el desamparo del menor, la citada en último lugar constituye una cláusula abierta referida a cualquier causa grave que determine el desamparo. Lógicamente hay que incluir el ejercicio de la violencia de género en el ámbito familiar; si bien, conviene recordar que, el artículo 12.3 de la LOPJM señala que, cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, la tutela, guarda y acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstico, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminada a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores con independencia de su edad, con aquella, así como su protección, atención especializada y recuperación. Por otra parte, la existencia de un guardador de hecho puede excluir la situación de desamparo, si el menor se encuentra asistido moral y materialmente (art. 303 del Código Civil)[34].

En todo caso, la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo[35]. Asimismo, en ningún caso se separará a un menor de sus progenitores en razón de una discapacidad del menor, de ambos progenitores o de uno de ellos.

Ahora bien, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo y consiguiente asunción por la entidad pública de la tutela del menor, contendrá un plan individualizado de protección en el que se establecerán los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen. Asimismo, podrá incluir un programa de reintegración familiar

(art. 19 bis.1 de la LOPJM). Tal resolución administrativa y las medidas adoptadas se notificará a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se constata como novedad la notificación al menor afectado y se precisa que, tal notificación a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, se hará de forma inmediata sin que pueda sobrepasar el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. En todo caso, la resolución administrativa que declare la situación de desamparo se puede impugnar ante los tribunales, pues, la oposición a cualquier resolución administrativa en materia de protección de menores resulta operativa por la vía del procedimiento previsto en el artículo 780 de la LEC. Están legitimados para formular oposición, siempre que tengan interés legítimo y directo en tal resolución, los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores, guardadores, el Ministerio Fiscal y aquellas personas que expresamente la Ley les reconozca tal legitimación. Respecto de los menores tendrán derecho a ser parte y ser oídos en el proceso conforme a lo establecido en la LOPJM y ejercitarán sus pretensiones en relación con las resoluciones administrativas que les afecten a través de sus representantes legales siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, pues en este caso lo ejercerán a través de la persona que se designe como su defensor judicial para que les represente (art. 780.1 párrafo 3 LEC). Ahora bien, para formular oposición ante los tribunales civiles no será necesaria reclamación previa en la vía administrativa y se podrán plantear en el plazo de dos meses desde su notificación. Si bien, el artículo 172.2 párrafo 2 del Código Civil fija un plazo específico para oponerse a las resoluciones que se adopten respecto a la protección de un menor de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declara la situación de desamparo. En todo caso, se da prioridad a la tramitación de la oposición frente a las resoluciones administrativas en materia de menores (art. 779.1 LEC). Contra la resolución desestimatoria recaída en primera instancia, cabe la interposición del correspondiente recurso de apelación en el plazo de veinte días desde la notificación de la resolución (art. 458.1 de la LEC).

Constatada la situación de desamparo, la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores asumirá por *ministerio de la ley* la tutela del menor y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria (arts. 172.1 y 239.1 del Código Civil —modificado asimismo por la Ley 26/2015—). La tutela administrativa se caracteriza por ser de titularidad pública, correspondiendo a las Entidades Públicas, pero es delegable, pues, puede ejercitarse por particulares a través de la figura que, analizaremos, del acogimiento familiar. La asunción de esta tutela por ministerio de la ley se hará como hemos señalado, mediante la correspondiente resolución administrativa[36].

Cada Entidad Pública designará al órgano que ejercerá la tutela de acuerdo con sus estructuras orgánicas de funcionamiento (art. 18.3 de la LOPJ).

Lo cierto es que, la asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante,

serán válidos los actos de contenido patrimonial que, realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este. En todo caso, si procediere la Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1 apartado 3 y 4 del Código Civil)[37]. La posibilidad de privación de la patria potestad o la remoción de la tutela que se concede a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal constituye una novedad en esta ley, pues, en la anterior regulación del artículo 172.1 del Código Civil solo era posible la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Aunque la Entidad Pública asume la tutela *ex lege* del menor en situación de desamparo, el artículo 260 del Código Civil exime a aquella de prestar fianza que, el Juez puede exigir a todo tutor para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones[38].

Si bien, la adopción de tales medidas relacionadas con la patria potestad y la tutela, durante el plazo de dos años desde la notificación de la resolución administrativa por la que se declare la situación de desamparo —mismo plazo que para oponerse a las medidas de protección adoptadas—, se concede a los progenitores que continúen ostentando la patria potestad pero la tengan suspendida conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 172 del Código, o a los tutores que, conforme al mismo apartado, tengan suspendida la tutela, el poder solicitar a la Entidad Pública que cese la suspensión y quede revocada la declaración de situación de desamparo del menor, si, por cambio de las circunstancias que la motivaron, entienden que se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o la tutela. Igualmente, durante el mismo plazo, tal como hemos señalado, podrán oponerse a las decisiones que se adopten respecto a la protección del menor (art. 172.2 del Código Civil)[39]. La legitimación de los tutores para solicitar a la Entidad Pública que, cese la suspensión de la tutela o que se revoque la situación de desamparo del menor constituye una novedad[40]. La pretensión en que se basa el cese de la suspensión o de cualquier otra medida de protección adoptada y, en su caso, la revocación de la declaración de desamparo se residencia en la existencia de un cambio de las circunstancias que motivaron la inicial declaración de desamparo del menor y que, en consecuencia, se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad o la guarda[41].

Trascurrido ese plazo de dos años, no podrán los progenitores o tutores solicitar u oponerse a las decisiones o medidas que se adopten para la protección del menor. No obstante, podrán facilitar información a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal sobre cualquier cambio de las circunstancias que, dieron lugar a la declaración de situación de desamparo.

De todas formas, pasado tal plazo, únicamente el Ministerio Fiscal estará legitimado para oponerse a la resolución de la Entidad Pública. Una legitimación que resulta, igualmente, novedosa[42].

Ahora bien, si tiene lugar la revocación de la declaración de desamparo y el cese de cualquier medida podrá acordarse el retorno del menor desamparado con su familia de origen (art. 11.2 c) LOPJM); si bien, resultará imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, que desde un punto de vista objetivo, se considere suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales de manera adecuada y que se constate que el retorno con la familia de origen no supone riesgos relevantes para el menor acreditado en el correspondiente informe técnico[43]. Si el menor está en acogimiento familiar, deberá ponderarse en la decisión de retorno, el tiempo trascurrido en acogimiento, la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el

desarrollo de vínculos afectivos con la misma (art. 19 bis.3 de la LOPJM)[44]. Ahora bien, frente a la resolución desestimatoria de la revocación o cese planteada por los progenitores o el tutor, cabe recurso.

Por otra parte, durante ese plazo de dos años, ponderando la situación y poniéndola en conocimiento del Ministerio Fiscal, la Entidad Pública puede adoptar cualquier medida de protección, incluida la propuesta de adopción, cuando exista un pronóstico fundado de imposibilidad definitiva de retorno a la familia de origen (art. 172.2 apartado 5 del Código Civil). Por lo que la existencia de tal plazo no excluye que, la Entidad Pública pueda adoptar cualquier medida de protección que considere pertinente, si bien es necesario, máxime, si se trata de adopción, que existe una imposibilidad fundada de posible retorno a la familia de origen.

Asimismo, la Entidad Pública, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de persona o entidad interesada, podrá revocar la declaración de situación de desamparo y decidir el retorno del menor con su familia, siempre que se entienda que es lo más adecuado para su interés. Dicha decisión se notificará al Ministerio Fiscal (art. 172.3 del Código Civil). Aunque no se especifica, como en la regulación anterior que, tal decisión de revocar la situación de desamparo se puede hacer en todo momento, se entiende que, puede ser así, esto es, en ese plazo de dos años o trascurrido el mismo. Es por ello que, uno de los motivos por los que la Entidad Pública actúe a instancia de parte sea por la información facilitada por los progenitores o el tutor en orden al cambio de circunstancias que dieron lugar a la declaración de la situación de desamparo, pasado el plazo de dos años. Estarán legitimados los progenitores o tutores como persona interesada, siempre que no estén privados de la patria potestad o removidos de la tutela[45]. En todo caso, la resolución administrativa que se establezca al efecto es susceptible de impugnación en el plazo de dos meses desde su notificación (art. 780.1 de la LEC).

Ahora bien, atendiendo a la provisionalidad y temporalidad de las medidas, se establece como novedad que, la Entidad Pública cesará en la tutela que ostente sobre los menores declarados en situación de desamparo cuando constate, mediante los correspondientes informes, la desaparición de las causas que motivaron su asunción, por alguno de los supuestos previstos en los artículos 276 —mayoría de edad, adopción, fallecimiento del menor o concesión del beneficio de la mayor edad— y 277.1 —titular recupera la patria potestad de la que había sido privado o suspendido—, y cuando compruebe fehacientemente alguna de las siguientes circunstancias: a) Que el menor se ha trasladado voluntariamente a otro país; b) Que el menor se encuentra en el territorio de otra comunidad autónoma cuya Entidad Pública hubiere dictado resolución sobre declaración de situación de desamparo y asumido su tutela o medida de protección correspondiente, o entendiere que ya no es necesario adoptar medidas de protección a tenor de la situación del menor; y, c) Que hayan transcurrido seis meses desde que el menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido (art. 172.5 del Código Civil).

En este contexto, si se trasladase permanente de residencia de un menor sujeto a una medida de protección desde la Comunidad Autónoma que la adoptó a otra distinta, corresponde a esta asumir aquella medida o adoptar la que proceda en un plazo máximo de tres meses desde que esta última sea informada por la primera de dicho traslado. No obstante, de permanecer la familia de origen del menor en la Comunidad Autónoma de origen y sea previsible una reintegración familiar a corto o medio plazo, se mantendrá la medida adoptada y la Entidad Pública del lugar de residencia del menor colaborará en el seguimiento de la

evolución de este. Si bien, no será necesaria la adopción de nuevas medidas de protección en los casos de traslado temporal de un menor a un centro residencial ubicado en otra Comunidad Autónoma o cuando se establezca un acogimiento con familia residente en ella, con el acuerdo de ambas Comunidades Autónomas (art. 18.4 LOPJM).

Ahora bien, en el supuesto que se detecte una situación de posible desprotección de un menor de nacionalidad española que se encuentre fuera del territorio nacional, para su protección en España será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma en la que residan los progenitores o tutores del menor. En su defecto, será competente la Entidad Pública correspondiente a la Comunidad Autónoma con la cual el menor o sus familiares tuvieren mayores vínculos. Cuando, conforme a tales criterios, no pudiere determinarse la competencia, será competente la Entidad Pública de la Comunidad Autónoma en la que el menor o sus familiares hubieran tenido su última residencia habitual. En todo caso, cuando el menor que se encuentra fuera de España, hubiera sido objeto de una medida de protección previamente a su desplazamiento, será competente la Entidad Pública que ostente su guarda o tutela. Corresponde a la Administración General del Estado encargarse del traslado del menor a España; y, la Comunidad Autónoma que corresponda asumirá la competencia desde el momento en que el menor se encuentre en España (art. 18.5 de la LOPJM).

De existir conflictos de competencia entre Comunidades Autónomas, estos habrán de resolverse conforme a los principios de celeridad y de interés superior del menor, evitando cualesquier dilaciones en la toma de decisiones que, pudieran generar perjuicios al menor.

Por otra parte, de tratarse de medidas de protección adoptadas por un Estado extranjero y que deban cumplirse en España, se habrá de atender, en primer lugar, a lo previsto en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, o norma europea que lo sustituya. De tratarse de casos no regulados por la normativa europea, habrá de estarse en segundo lugar, a los Tratados y Convenios internacionales en vigor para España y, en especial, al Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, o Convenio que lo sustituya. En defecto de toda esta normativa internacional, se estará a las normas españolas de producción interna sobre eficacia en España de medidas de protección de menores (art. 18.6 de la LOPJM).

Ahora bien, cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no lo tuviere y con la mayor celeridad, junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración (art. 10.4 de la LOPJM)[46].

Finalmente, el artículo 13.1 de la LOPJM —modificado por la Ley 26/2015— sanciona el deber de toda persona o autoridad y especialmente de aquellos que por su profesión o función detecten una situación de maltrato, de riesgo o de posible desamparo de un menor, lo comuniquen a la autoridad o agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle, antes de tomar cualquier decisión, el auxilio

inmediato que precisen[47]; y, asimismo, el artículo 10.2 a) de la LOPJM faculta al menor para «solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente»[48].

V. EL ACOGIMIENTO: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y TIPOS

Según hemos tratado en líneas precedentes, la Entidad Pública puede asumir solo la guarda de un menor por la resolución de guarda provisional establecida en el artículo 172.4 del Código Civil, por la solicitud de los progenitores o del tutor —guarda voluntaria— prevista en el artículo 172 bis.1 del citado cuerpo legal— o por resolución judicial —artículo 172 bis.2 del Código Civil— y, como consecuencia de la declaración de desamparo, se le puede atribuir por ministerio de la ley la tutela y la correspondiente guarda de quienes están en dicha situación; que, de modo básico, se puede resolver mediante la reintegración del menor desamparado en la propia familia o, en su caso, a través de la adopción. Ahora bien, desde que la Entidad Pública asume la tutela hasta que se reintegra en su familia o se da en adopción, puede trascurrir un periodo de tiempo durante el cual es preciso que el menor participe de un ámbito familiar idóneo. Máxime si, como hemos señalado, el artículo 11.2 c) establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos la integración familiar y social. Y lo mismo sucede cuando, hasta la reintegración en su familia de origen, las Entidades Públicas, como hemos señalado, asumen la guarda de ciertos menores, en virtud de solicitud de los progenitores o tutores o por decisión judicial. Por lo que, a los efectos de procurar al menor un ambiente familiar idóneo es a lo que, de modo básico, responde la figura del acogimiento familiar como figura donde la guarda como la tutela administrativa que corresponde a las Entidades Públicas, resulta delegable —acogimiento en familia extensa o en familia ajena—. El artículo 172 ter del Código Civil establece que la guarda en todos los supuestos señalados se realizará mediante el acogimiento familiar y no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante acogimiento residencial. Dicho precepto regula algunas cuestiones relativas al acogimiento en general y los artículos 173 y 173 bis del citado cuerpo legal se refieren al acogimiento familiar. En ninguno de tales preceptos se da una definición legal del acogimiento. Para MAYOR DEL HOYO se puede conceptuar como «una forma de ejercer la guarda del menor en situaciones extraordinarias en las que el menor sale de su entorno familiar originario»[49].

Ahora bien, en esta nueva regulación con la finalidad de agilizar y preservar el interés de los menores, se simplifica la constitución del acogimiento familiar, equiparándolo al residencial, incluso aunque no exista conformidad de los progenitores o tutores, y todo ello sin perjuicio del control jurisdiccional del mismo. Por otra parte, y por razones de técnica jurídica y mejora de ubicación, se traslade al artículo 20 de la LOPJM lo establecido hasta ahora en el artículo 173 del Código Civil sobre la formalización del acogimiento y contenido del documento anexo que, debe acompañar al mismo y se introduce la necesidad como ocurre en la adopción que, se valore la adecuación de los acogedores y se definen los criterios de la misma; criterios que no estaban hasta ahora recogidos en la normativa estatal.

Asimismo, como pauta general se sigue manteniendo que prevalezca la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial (arts. 2.2 c); 11.2 b) y 21.3 de la LOPJM). Por tanto, este último constituirá una medida excepcional y provisional. Precisamente, pensando en el interés del menor, el artículo 21.1 de

la LOPJM posibilita también el acogimiento residencial del menor como medida estable y este mismo precepto en su apartado 3 con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, establece que, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial, especialmente para menores de seis años; y, asimismo, no se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar, debidamente acreditado o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. En todo caso, y con carácter general no podrá tener una duración superior a tres meses. Igualmente, debemos recordar que el artículo 12.5 de la LOPJM establece que, cualquier medida de protección no permanente que se adopte respecto de menores de tres años, se habrá de revisar cada tres meses y respecto de mayores de esa edad cada seis meses[50]. Por otra parte, debe procurarse no separar a los hermanos con la consiguiente asunción de un acogimiento familiar de todos ellos.

1. El acogimiento familiar

La guarda atribuida a la entidad pública que, puede derivar de la tutela *ex lege* tras la declaración de desamparo o la guarda administrativa en los supuestos previstos en el artículo 172 bis del Código Civil —cuando los progenitores o tutores por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas no pueden cuidar al menor, siendo el plazo máximo de guarda temporal de dos años, salvo que el interés del menor aconsejen de forma excepcional la prórroga de las medidas o porque lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda— puede ejercerse mediante acogimiento familiar o residencial.

El acogimiento familiar se formalizará por resolución de la Entidad Pública que tenga la tutela o la guarda, previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esta valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y, si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. El régimen de visitas podrá tener lugar en los puntos de encuentro familiar habilitados, cuando así lo aconseje el interés superior del menor y el derecho a la privacidad de las familias de procedencia y acogedora. Cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que, perteneciendo a su familia extensa, reúnan condiciones adecuadas para el acogimiento (art. 20.2 de la LOPJM). Este acogimiento familiar se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública (art. 172 ter.1 del Código Civil)[51]. Ahora bien, a diferencia de la regulación anterior, no resulta posible la constitución del acogimiento por la vía judicial, con lo que se consagra la potenciación de la administrativación de las medidas relacionadas con la protección de menores y la consiguiente desjudialización en la constitución del acogimiento[52].

A la resolución de formalización del acogimiento familiar acordada, se acompañará *un documento anexo* que incluirá los siguientes extremos: a) La identidad del acogedor o acogedores y del acogido; b) Los consentimientos y

audiencias necesarias; c) La modalidad del acogimiento, duración prevista para el mismo, así como su carácter de acogimiento en familia extensa o en familia ajena en razón de la vinculación del menor con la familia o persona acogedora; y, d) Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular: 1.º El régimen de visitas, estancia, relación o comunicación, en los supuestos de declaración de desamparo, por parte de la familia de origen, que podrá modificarse por la Entidad Pública en atención al interés superior del menor. 2.º El sistema de cobertura por parte de la Entidad Pública de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros. 3.º La asunción por parte de los acogedores de los gastos de manutención, educación y atención socio-sanitaria; e) El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la Entidad Pública y el compromiso de colaboración con dicho seguimiento por parte de la familia acogedora; f) En el caso de menores con discapacidad, los recursos de apoyo que precisa; g) La compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores; y, h) El plazo en el cual la medida vaya a ser revisada (art. 20.3 de la LOPJM).

Tanto la resolución de formalización del acogimiento como el documento anexo, se remitirán al Ministerio Fiscal en el plazo máximo de un mes (art. 20.3 *in fine* de la LOPJM).

El acogimiento requerirá el consentimiento de los acogedores y del menor acogido si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 173.2 del Código Civil), si es menor de dicha edad, en principio, han de ser oídos en la constitución del acogimiento (art. 9 LOPJM). La intervención del menor acogido no se contenía en la anterior regulación[53]. Y es posible que el acogimiento se adopte sin contar con el consentimiento de los progenitores, a diferencia de la anterior regulación, que contenía expresamente la posibilidad de acordar el Juez el acogimiento, pese a no consentirlo los progenitores u oponerse al mismo. No hace falta su consentimiento ni tampoco es necesario darles audiencia y oírlos. Si bien, la ausencia de intervención de los progenitores —que tengan suspendida la patria potestad— y de los tutores se circunscribe solo al momento de constitución del acogimiento, pues, una vez formalizado puede solicitar, como veremos, a la Entidad Pública la remoción de la guarda (art. 173.2 del Código Civil) y el cese del acogimiento familiar, e incluso darle audiencia en el expediente de cese del acogimiento familiar que tramite la Entidad Pública [art. 173.4 b) del Código Civil].

Ahora bien, el acogimiento familiar supone la guarda del menor y, el ejercicio del contenido personal de la patria potestad o en su caso de la tutela, por lo que se impone a los acogedores las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En esta línea, el artículo 20 bis.1 g) de la LOPJM establece como derecho de los acogedores familiares «ejercer todos los derechos inherentes a la guarda»; y el 20 bis. 2 l) de la LOPJM dispone como deberes de los acogedores «las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad». En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades (art. 173.1 del Código Civil). Esta referencia a los menores con discapacidad supone una novedad con respecto a la regulación anterior del citado precepto. Por otra parte, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia; y así entre los derechos del menor acogido en los supuestos de acogi-

miento familiar, el artículo 21 bis a) de la LOPJM se refiere a dicha participación en la vida familiar del acogedor.

Hay dos tipos de acogimiento familiar en relación con las características de la familia acogedora y de la vinculación del menor con la familia acogedora. Así podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena, resultando preferente el primero (art. 20.2 de la LOPJM que en la valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento tiene en cuenta la relación previa entre el menor acogido y los acogedores, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas pertenecientes a su familia extensa). En cualquier caso, en el documento anexo que acompañe a la resolución administrativa de constitución del acogimiento deberá constar la modalidad de acogimiento elegida —en familia extensa o ajena— (art. 20.3 c) LOPJM).

Por otra parte, el acogimiento en familia ajena podrá ser especializado, entendiendo por tal: «el que se desarrolla en una familia en la que alguno de sus miembros dispone de cualificación, experiencia y formación específica para desempeñar esta función respecto de menores con necesidades o circunstancias especiales con plena disponibilidad y percibiendo por ello la correspondiente compensación económica, sin suponer en ningún caso una relación laboral» (art. 20.1 apartado 1 de la LOPJM)[54].

El acogimiento especializado podrá ser, a su vez, profesionalizado cuando, reuniendo los requisitos anteriormente citados de cualificación, experiencia y formación específica, exista una relación laboral del acogedor o los acogedores con la Entidad Pública (arts. 173 bis.1 del Código Civil y 20.1 apartado 2 de la LOPJM).

También el acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su duración y objetivos:

a) *Acogimiento familiar de urgencia:* principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda[55].
b) *Acogimiento familiar temporal:* que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de este en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva —plazo de tiempo que coincide con el de la guarda administrativa asumida a solicitud de los padres o tutores (art. 172 bis del Código Civil)—; o con el cese de la suspensión y revocación de la declaración de desamparo (art. 172.2 del Código Civil)[56].
c) *Acogimiento familiar permanente:* que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen[57]. Si bien, la Entidad Pública, si lo considera procedente, podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que, faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor (art. 173 bis.2 del Código Civil), con lo que se amplía el contenido del ejercicio del acogimiento no solo al ámbito personal, sino también a un ámbito patrimonial —administración

de bienes— y de representación del menor[58]. De todas formas, pese al carácter permanente del acogimiento, nada impide que, se pueda establecer un régimen de visitas a favor de los padres y otros parientes.

En cualquier caso, se hará constar en el documento anexo a la resolución administrativa de acogimiento familiar la duración prevista para el mismo (art. 20.3 c) de la LOPJM).

Asimismo, se redefinen las medidas de acogimiento familiar en función de su duración. De forma que, se suprime el acogimiento provisional que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva es, actualmente una fase del procedimiento de adopción. Así, el artículo 176 bis del Código Civil regula *ex novo* la guarda con fines de adopción que, recuerda al acogimiento preadoptivo y permite que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, puede iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Esto podrá tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad Pública. Así el citado artículo 176 bis dispone: «*1. La Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el artículo 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.*

Los guardadores con fines de adopción tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares.

2. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procederá a suspender el régimen de visitas y relaciones con la familia de origen cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva a que se refiere el apartado anterior, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4.

3. La propuesta de adopción al Juez tendrá que realizarse en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de transcurridos tres meses desde el día en el que se hubiera acordado la delegación de guarda con fines de adopción. No obstante, cuando la Entidad Pública considere necesario, en función de la edad y circunstancias del menor, establecer un periodo de adaptación del menor a la familia, dicho plazo de tres meses podrá prorrogarse hasta un máximo de un año.

En el supuesto de que el Juez no considerase procedente esa adopción, la Entidad Pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor»[59].

Aunque, se le nombre como un supuesto de acogimiento, lo cierto es que, todavía no han cesado aún los vínculos jurídicos de los menores con su familia de origen y a estos guardadores con fines de adopción, se les otorgan los mismos derechos y obligaciones que a los acogedores familiares[60].

Por otra parte, se regula por primera vez el estatuto del acogedor familiar como conjunto de derechos y deberes. Lo cierto es que, la trascendente función desempeñada por las familias de acogida hace muy conveniente que una dis-

posición general perfile su estatus y así se ha destacado en la Recomendación número 51 de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines. Así los acogedores tendrán derecho a: a) Recibir información acerca de la naturaleza y efectos del acogimiento, así como preparación previa, seguimiento y apoyo técnico especializado durante y al término del mismo. En el caso de menores con discapacidad, los acogedores tendrán derecho a orientación, acompañamiento y apoyo adaptados a la discapacidad del menor; b) Ser oídos por la Entidad Pública antes de que esta adopte cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender temporalmente el régimen de visitas o de relación o comunicación con la familia de origen; c) Ser informados del plan individual de protección así como de las medidas de protección relacionadas con el acogimiento que se adopten respecto al menor acogido, de las revisiones periódicas y a obtener información del expediente de protección del menor que les resulte necesaria para el ejercicio de sus funciones, a excepción de aquellas cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad de terceros y a la protección de datos de carácter personal; d) Ser parte en todos los procesos de oposición a las medidas de protección y a la declaración de situación de desamparo del menor acogido y en todos los procesos de oposición relacionados con la medida de acogimiento familiar permanente con funciones de tutela que tenga formalizada; e) Cooperar con la Entidad Pública en los planes de actuación y seguimiento establecidos para el acogimiento; f) Disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor que acogen; g) Ejercer todos los derechos inherentes a la guarda; h) Ser respetados por el menor acogido; i) Recabar el auxilio de la Entidad Pública en el ejercicio de sus funciones; j) Realizar viajes con el menor siempre que se informe a la Entidad Pública y no exista oposición de esta; k) Percibir una compensación económica y otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado, en su caso; l) Facilitar al menor acogido las mismas condiciones que a los hijos biológicos o adoptados, a fin de hacer uso de derechos u obligaciones familiares durante el tiempo que el menor conviva con ellos; m) Relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años; n) Ser protegidos sus datos personales respecto de la familia de origen, de acuerdo con la legislación vigente; ñ) Formular formalmente quejas o sugerencias ante la Entidad Pública que deberán ser tramitadas en un plazo inferior a los 30 días y, en caso de solicitar audiencia, ser escuchado con anterioridad a dicho plazo; y, o) La familia acogedora tendrá los mismos derechos que la Administración reconoce al resto de unidades familiares (art. 20 bis.1 de la LOPJM). Y tendrán los siguientes deberes: a) Velar por el bienestar y el interés superior del menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar prestando los apoyos especializados que viniera recibiendo o adoptar otros más adecuados a sus necesidades; b) Oír al menor siempre antes de tomar decisiones que le afecten, si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años, sin exclusión alguna por discapacidad, y a transmitir a la Entidad Pública las peticiones que este pueda realizar dentro de su madurez; c) Asegurar la plena participación del menor en la vida de familia; d) Informar a la Entidad Pública de cualquier hecho de trascendencia en relación con el menor; e) Respetar y facilitar las relaciones con la familia de origen del menor, en la medida de las posibilidades de los acogedores familiares, en el

marco del régimen de visitas establecido a favor de aquella y la reintegración familiar, en su caso; f) Colaborar activamente con las Entidades Públicas en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y seguimiento de la medida, observando las indicaciones y orientaciones de la misma; g) Respetar la confidencialidad de los datos relativos a los antecedentes personales y familiares del menor; h) Comunicar a la Entidad Publica cualquier cambio en la situación familiar relativo a los datos y circunstancias que se tomaron en consideración como base para el acogimiento; i) Garantizar el derecho a la intimidad y a la identidad de los menores acogidos y el respeto a su propia imagen, así como velar por el cumplimiento de sus derechos fundamentales; j) Participar en las acciones formativas que se propongan; k) Colaborar en el tránsito de la medida de protección del menor a la reintegración a su entorno de origen, la adopción, u otra modalidad de acogimiento, o al entorno que se establezca tras la adopción de una medida de protección más estable; y, l) Los acogedores familiares tendrán las mismas obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad (art. 20 bis.2 de la LOPJM).

También se incluyen los derechos de los menores acogidos en el artículo 21 bis de la LOPJM entre otros: a) Ser oído en los términos del artículo 9 y, en su caso, ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección y declaración en situación de desamparo de acuerdo con la normativa aplicable, y en función de su edad y madurez. Para ello tiene derecho a ser informado y notificado de todas las resoluciones de formalización y cese del acogimiento; b) Ser reconocido beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita cuando se encuentre en situación de desamparo; c) Dirigirse directamente a la Entidad Pública y ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento; d) Relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas, relación y comunicación establecido por la Entidad Pública; e) Conocer progresivamente su realidad socio-familiar y sus circunstancias para facilitar la asunción de las mismas; f) Recibir con la suficiente anticipación la información, los servicios y los apoyos generales que sean necesarios para hacer efectivos los derechos de los menores con discapacidad; g) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que considere, sobre las circunstancias de su acogimiento; h) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico por parte de la Entidad Pública, para superar trastornos psicosociales de origen, medida esta aplicable tanto en acogimiento residencial, como en acogimiento familiar; i) Recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico que sea necesario; y, j) Acceder a su expediente y conocer los datos sobre sus orígenes y parientes biológicos, una vez alcanzada la mayoría de edad.

En los supuestos de acogimiento familiar, tiene, además, los siguientes derechos: a) Participar plenamente en la vida familiar del acogedor; b) Mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintieren el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente; y, c) Solicitar información o pedir, por sí mismo si tuviera suficiente madurez, el cese del acogimiento familiar. Y, asimismo, en los supuestos de acogimiento residencial, tiene, además, los siguientes derechos: a) Respeto a la privacidad y a conservar sus pertenencias personales siempre que no sean inadecuadas para el contexto educativo; b) Participar en la elaboración de la programación de actividades del centro y en el desarrollo de las mismas; y, c) Ser escuchado en caso de queja y ser informado de todos los sistemas de

atención y reclamación que tienen a su alcance, incluido el derecho de audiencia en la Entidad Pública.

En todo caso, corresponde a la Entidad Pública determinar quiénes pueden ser acogedores, para ello llevará a cabo una previa valoración de la adecuación de la familia para el acogimiento. En esa valoración se tendrá en cuenta su situación familiar y aptitud educadora, su capacidad para atender adecuadamente las necesidades de toda índole del menor o menores de que se trate, la congruencia entre su motivación y la naturaleza y finalidad del acogimiento según su modalidad, así como la disposición a facilitar el cumplimiento de los objetivos del plan individual de atención y si lo hubiera, del programa de reintegración familiar, propiciando la relación del menor con su familia de procedencia. Asimismo, cuando el tipo de acogimiento así lo aconseje, se valorará la adecuación de la edad de los acogedores con la del menor acogido, así como la relación previa entre ellos, priorizando, salvo que el interés del menor aconseje otra cosa, a las personas que perteneciendo a su familia extensa, reúnan las condiciones adecuadas para el acogimiento (art. 20.2 de la LOPJM). Por otra parte, en esa valoración se ha de tener en cuenta que, no podrán ser acogedores los que no pueden ser tutores de acuerdo con lo previsto en la Ley (art. 172 ter.1 apartado 2 del Código Civil).

Ahora bien, en este contexto, si durante el desarrollo del acogimiento surgieran problemas graves de convivencia entre el menor y la persona o personas a quien hubiere sido confiado la guarda en acogimiento familiar, aquel, el acogedor, el Ministerio Fiscal, los progenitores o tutor que no estuvieran privados de la patria potestad o de la tutela o cualquier persona interesada podrán solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda (art. 173.3 del Código Civil). Ha de tratarse de problemas graves de convivencia. Supone la remoción de los acogedores nombrados a tal fin, no del acogimiento familiar constituido como tal medida, por lo que será necesario que sea nombrado un nuevo acogedor y que este preste su consentimiento que, habrá de constar en un nuevo documento anexo[61].

Finalmente, el acogimiento familiar cesará: a) Por resolución judicial; b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores —se entiende no privados de la patria potestad—, tutores —no removidos del cargo—, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor; c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y, d) Por la mayoría de edad del menor[62]. No se hace referencia al fallecimiento del menor, como sí se hace en algunas legislaciones forales, aunque se entiende que, también cesa el acogimiento por tal circunstancia. El artículo 21 bis.2 b) de la LOPJM establece como derecho de los menores en los supuestos de acogimiento familiar «el mantener relación con la familia de acogida tras el cese del acogimiento, si la Entidad Pública entiende que conviniere a su interés superior y siempre que lo consintiere el menor si tuviera suficiente madurez y en todo caso, si fuera mayor de doce, la familia de acogida y la de origen o, en su caso, la familia adoptiva o del acogimiento permanente». En todo caso, todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada reserva, como ocurre con la mayoría de las medidas de protección de menores que se adopten, correspondiendo a las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan de las actuaciones en relación con el menor (art. 13.3 de la LOPJM). No obstante el deber de reserva, cabe anotar el acogimiento familiar en el Registro Civil (art. 40.3.9 de la LRC).

2. Acogimiento residencial

Se establece, en interés del menor, la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. No obstante, se introduce una regulación flexible a este último acogimiento para dar cobertura a aquellos supuestos en los que, por motivos debidamente injustificados, el ingreso en un centro de protección sea la única medida que se disponga, o cuando el acogimiento residencial convenga al interés superior del menor. Este acogimiento se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores (art. 172 ter.1 del Código Civil). Por otra parte, en lo relativo a los servicios de acogimiento residencial (denominados hasta ahora «servicios especializados» y ahora «acogimiento residencial» para utilizar una terminología equivalente al «acogimiento familiar») se establece con carácter general sus características básicas, su necesario ajuste a criterios de calidad y el carácter preferente de las soluciones familiares. Asimismo, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública.

De forma que, con respecto a los menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentren deberán actuar conforme a los principios rectores de esta Ley, con pleno respeto a los derechos de los menores acogidos, y tendrán las siguientes obligaciones básicas: a) Asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana y garantizarán los derechos de los menores adaptando su proyecto general a las características personales de cada menor, mediante un proyecto socio-educativo individual, que persiga el bienestar del menor, su desarrollo físico, psicológico, social y educativo en el marco del plan individualizado de protección que defina la Entidad Pública; b) Contarán con el plan individual de protección de cada menor que establezca claramente la finalidad del ingreso, los objetivos a conseguir y el plazo para su consecución, en el cual se preverá la preparación del menor, tanto a la llegada como a la salida del centro; c) Adoptarán todas sus decisiones en relación con el acogimiento residencial de los menores en interés de los mismos; d) Fomentarán la convivencia y la relación entre hermanos siempre que ello redunde en interés de los menores y procurarán la estabilidad residencial de los menores, así como que el acogimiento tenga lugar preferentemente en un centro ubicado en la provincia de origen del menor; e) Promoverán la relación y colaboración familiar, programándose, al efecto, los recursos necesarios para posibilitar el retorno a su familia de origen, si se considera que ese es el interés del menor; f) Potenciarán la educación integral e inclusiva de los menores, con especial consideración a las necesidades de los menores con discapacidad, y velarán por su preparación para la vida plena, de manera especial su escolarización y formación. En el caso de los menores de dieciséis a dieciocho años uno de los objetivos prioritarios será la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral; g) Poseerán una normativa interna de funcionamiento y convivencia que responda a las necesidades educativas y de protección, y tendrán recogido un procedimiento de formulación de quejas y reclamaciones; h) Administrarán los medicamentos que, en su caso, precisen los menores bajo prescripción y seguimiento médico, de acuerdo con la praxis profesional sanitaria. A estos efectos se llevará un registro con la historia médica de cada uno de los menores; i) Revisarán periódicamente el plan individual de protección con el objeto de valorar la adecuación del recurso residencial a las circunstancias personales del menor; j) Potenciarán las salidas

de los menores en fines de semana y periodos vacacionales con sus familias de origen o, cuando ello no fuese posible o procedente, con familias alternativas; k) Promoverán la integración normalizada de los menores en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas que transcurran en el entorno comunitario en el que se encuentran; l) Establecerán los necesarios mecanismos de coordinación con los servicios sociales especializados para el seguimiento y ajuste de las medidas de protección; m) Velarán por la preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades; y, n) Establecerán medidas educativas y de supervisión que garanticen la protección de los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y de la comunicación y a las redes sociales (art. 21.1 de la LOPJM).

Ahora bien, todos los centros de acogimiento residencial que presten servicios dirigidos a menores en el ámbito de la protección deberán estar siempre habilitados administrativamente por la Entidad Pública, debiendo respetar el régimen de habilitación dispuesto en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. Además, deberán existir estándares de calidad y accesibilidad por cada tipo de servicio.

Asimismo, la Entidad Pública regulará el régimen de funcionamiento de los centros de acogimiento residencial e inscribirá en el registro correspondiente a las entidades de acuerdo con sus disposiciones, prestando especial atención a la seguridad, sanidad, accesibilidad para personas con discapacidad, número, ratio y cualificación profesional de su personal, proyecto educativo, participación de los menores en su funcionamiento interno y demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos; y, promoverá modelos de acogimiento residencial con núcleos reducidos de menores que convivan en condiciones similares a las familiares —hogar funcional—[63].

Como hemos también indicado, con el fin de favorecer que la vida del menor se desarrolle en un entorno familiar, prevalecerá la medida de acogimiento familiar sobre la de acogimiento residencial para cualquier menor, especialmente para menores de seis años. No se acordará el acogimiento residencial para menores de tres años salvo en supuestos de imposibilidad, debidamente acreditada, de adoptar en ese momento la medida de acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor. Esta limitación para acordar el acogimiento residencial se aplicará también a los menores de seis años en el plazo más breve posible. En todo caso, y con carácter general, el acogimiento residencial de estos menores no tendrá una duración superior a tres meses (art. 21.3 de la LOPJM).

A los efectos de asegurar la protección de los derechos de los menores, la Entidad Pública deberá realizar la inspección y supervisión de los centros y servicios semestralmente y siempre que así lo exijan las circunstancias. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer la vigilancia sobre las decisiones de acogimiento residencial que se adopten, así como la inspección sobre todos los servicios y centros de acogimiento residencial, analizando, entre otros, los Proyectos Educativos Individualizados, el Proyecto Educativo del Centro y el Reglamento Interno.

En todo caso, la Administración Pública podrá adoptar las medidas adecuadas para garantizar la convivencia del centro, actuando sobre aquellas conductas con medidas de carácter educativo, que no podrán atentar, en ningún caso, contra la dignidad de los menores. En casos graves de perturbación de la convivencia, podrán limitarse las salidas del centro de acogida. Estas medidas deberán ejercerse de forma inmediata y proporcional a la conducta de los menores, teniendo en

cuenta las circunstancias personales de estos, su actitud y los resultados derivados de su comportamiento.

De aquellas medidas que se impusieran por conductas o actitudes que fueren atentatorias contra la convivencia en el ámbito residencial, se dará cuenta inmediata a los progenitores, tutores o representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal (art. 21.7 de la LOPJM).

Se recoge la prioridad del acogimiento familiar sobre el residencial. Así en el artículo 172 ter.1 del Código Civil se establece que «se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo este posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial». La medida del acogimiento residencial tiene carácter subsidiario respecto a la del acogimiento familiar. También se prevé como medida provisional y urgente, mientras se dispone de otra medida más adecuada[64].

El acogimiento familiar, recordemos, se realizará por la persona o personas que determine la Entidad Pública; mientras que, el acogimiento residencial se ejercerá por el Director o responsable del centro donde esté acogido el menor, conforme a los términos establecidos en la legislación de protección de menores.

La resolución de la Entidad Pública en la que se formalice por escrito la medida de guarda, se notificará a los progenitores o tutores que no estuvieran privados de la patria potestad o tutela, así como al Ministerio Fiscal (art. 172 ter.1 apartado 3 del Código Civil).

Ahora bien, se regula la posibilidad de acordar por la Entidad Pública estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con la familia, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento, en la línea con la Recomendación número 71 de la Comisión Especial para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines del Senado[65]. Así el artículo 172 ter.3 del Código Civil establece que: «*la entidad pública podrá acordar, en relación con el menor en acogida familiar o residencial, cuando sea conveniente a su interés, estancias, salidas de fines de semana o de vacaciones con familias o con instituciones dedicadas a estas funciones. A tal efecto solo se seleccionará a personas o instituciones adecuadas a las necesidades del menor. Dichas medidas deberán ser acordadas una vez haya sido oído el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.*

La delegación de guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información que fuera necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas las medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez. Dicha medida será comunicada a los progenitores o tutores, siempre que no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad o removidos del ejercicio de la tutela, así como a los acogedores. Se preservarán los datos de estos guardadores cuando resulte conveniente para el interés del menor o concurra justa causa»[66].

Para LÓPEZ AZCONA la referencia a esas otras familias entiende que, han de ser ajenas y, además considera que, esta previsión «ha de ser acogida muy favorablemente, en particular, respecto de los menores en acogimiento residencial, en cuanto facilita el contacto del menor con un entorno familiar ajeno al centro al que esté acogido». Más dudas le plantea a la autora «articular esta delegación temporal de la guarda en el caso de menores en acogimiento familiar, pues, ello supone involucrar a tres familias distintas (la de origen, la de acogida y la de delegación temporal), lo que *a priori* puede resultar desestabilizador para el menor acogido y, por ende, no ser beneficioso para su interés, salvo que se configure para periodos temporales breves como puede ser unas vacaciones»[67].

A tal efecto, también se modifica el artículo 161 del Código Civil al preverse que en caso de menor acogido, la Entidad Pública que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores y asimismo, a los abuelos, hermanos y demás parientes y allegados, pudiendo acordar, en su caso, de forma motivada y en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal. Para ello, el Director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados informarán a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos perjudiciales o nocivos que tales visitas, y comunicaciones puede tener sobre el menor. No obstante, el menor, los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a tales resoluciones administrativas conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Lo cierto es que, se busca siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos. La situación del menor en relación con su familia de origen, tanto en lo que se refiere a su guarda como al régimen de visitas y otras formas de comunicación, será revisada, al menos cada seis meses.

Finalmente, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores la Entidad Pública puede fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidados y atención del menor (art. 172 ter.4 del Código Civil).

En este contexto, las altas funciones que se encomienda al Ministerio Fiscal, como superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores, determina a tal fin que, la Entidad Pública dará noticia a tal órgano de forma inmediata, de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas de formalización de la constitución, variación y cesación de las tutelas, guardas y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

También el Ministerio Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el Juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias (art. 174.2 del Código Civil).

Por otra parte, para el cumplimiento de la función de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, cuando sea necesario, podrá el Ministerio Fiscal recabar la elaboración de informes por parte de los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes.

A todos los efectos, los servicios correspondientes de las Administraciones Públicas competentes atenderán las solicitudes de información remitidas por el Ministerio Fiscal en el curso de las investigaciones tendentes a determinar la situación de riesgo o desamparo en la que pudiera encontrarse un menor.

Por otra parte, el artículo 22 bis de la LOPJM recoge la obligación de la Administración de preparar para la vida independiente a los jóvenes *ex* tutelados, cuestión de gran importancia social y de los que se constata buenas prácticas por parte de las Entidades Públicas y del Tercer Sector de acción social en España. Así establece el citado precepto: «*Las Entidades Públicas ofrecerán programas de preparación para la vida independiente dirigidos a los jóvenes que estén bajo una medida de protección, particularmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad, desde dos años antes de su mayoría de edad, una vez cumplida esta, siempre que lo necesiten, con el compromiso de participación acti-*

va y aprovechamiento por parte de los mismos. Los programas deberán propiciar seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio-laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas»[68].

En este contexto, se establece la creación de un sistema de información estatal sobre protección de menores a realizar por las Entidades Públicas y la Administración General del Estado que, permitirá el conocimiento uniforme de la situación de la protección a la infancia y a la adolescencia en España, no solo a los efectos estadísticos, sino también de seguimiento concreto de las medidas de protección adoptadas respecto de cada menor, así como de las personas que, se ofrece para el acogimiento o la adopción (art. 22 ter de la LOPJM). Ello en la línea de uniformar, coordinar y mejorar los sistemas de protección a la infancia tanto estatal como autonómico.

VI. BIBLIOGRAFÍA

BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, octubre*, 1 a 14 (versión digital).

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2015). Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los más vulnerables en base a su supremo interés, *LA LEY, núm. 8590, sección documento on line, 24 de julio, Ref. D-301*, 1 a 5 (versión digital).

DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentarios a los artículos 172 a 174 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015,* Valencia: Tirant lo Blanch, 495 a 646.

LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXX, número 2185, ener*, 3 a 89.

MAYOR DEL HOYO M.ª V. (2016). Comentario a los artículos 173, 173 bis y 174 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 888 a 915.

— (2017). Acogimiento. En: M.ª. Victoria Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

MUÑOZ GARCÍA, C. (2014). Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme, *LA LEY, núm. 8342, sección Tribuna, 27 de junio de 2014*, 1 a 6 (versión digital).

PÉREZ ALVAREZ, M.Á. (2016). Comentario a los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, Navarra: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 871 a 888.

— (2017). La intervención de la administración en la protección del menor. En: M.ª. V. Mayor del Hoyo (dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la infancia, *Revista de Derecho Civil, vol. I, número 4 (octubre-diciembre)*, 107-153.

UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Novedades más significativas en el Código Civil en materia de protección de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 15*, 145 a 148.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 31 de julio de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 28 de septiembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016.
- STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 26 de julio de 2013.
- AAP Málaga, secc. 5.ª, 5 de abril de 2000.
- AAP Cádiz, secc. 3.ª, 24 de julio de 2000.
- AAP Cantabria, secc. 2.ª, 22 de marzo de 2012
- SAP Almería, secc. 2.ª, 8 de septiembre de 2009.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, 22 de noviembre de 2011.
- SAP Madrid, secc. 22.ª, 30 de julio de 2014.
- SAP Castellón, secc. 2.ª, 27 de febrero de 2015
- SAP Guipúzcoa, secc. 2.ª, 27 de noviembre de 2015.
- SAP Barcelona, secc. 18.ª, 18 de mayo de 2016.
- SAP Jaén, secc. 1.ª, 2 de junio de 2016.
- SAP Cádiz, secc. 5.ª, 13 de junio de 2016.
- SAP Islas Baleares, secc. 4.ª, 12 de julio de 2016.
- SAP La Rioja, secc. 1.ª, 14 de septiembre de 2016.
- SAP Toledo, secc. 2.ª, 23 de septiembre de 2016.

NOTAS

[1] *Vid.*, el artículo 41.1 a) de la Ley 3/2011 de Galicia establece que «1. La Xunta de Galicia, en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en materia de infancia y adolescencia: a) A través del organismo competente en materia de servicios sociales, llevará a cabo: 1. La protección y asistencia de las y los menores que se encuentren en situación de posible desprotección o desamparo; 2. La tutela de las personas menores desamparadas y el ejercicio de las funciones de protección de ellas según la legislación vigente».

[2] LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *Boletín del Ministerio de Justicia,* año LXX, número 2185, enero, 7 y 9 para quien un marco jurídico uniforme en materia de protección de menores en todo el Estado español es muy necesario; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *Revista de Derecho Civil, vol. I,* número 4 (octubre-diciembre), 109-110.

[3] UREÑA MARTÍNEZ, M. (2015). Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* número 15, 145; ÁLVAREZ OLLALLA, M.P. (2014). Modificaciones de Derecho Civil contenidas en el Anteproyecto de Ley de protección de la infancia, *Aranzadi Civil-Mercantil,* número 4, julio, 3 (versión digital); LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.,* 7.

[4] *Vid.*, la Ley 4/1994, de 10 de noviembre, de protección y atención de los menores de la Junta de Extremadura; Ley 1/1995, de 27 de enero de Protección del Menor del Principado de Asturias; Ley 3/1995, de 21 de marzo de la infancia de la Región de Murcia; Ley 1/1997, de 7 de febrero de Atención Integral a los Menores de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la atención al menor de la Junta de Andalucía; Ley 371999, de 31 de marzo del Menor de Castilla-La Mancha; Ley 12/2001, de 2 de julio de la infancia y la adolescencia en Aragón —modificada parcialmente por la Ley 5/2016, de 2 de junio de modificación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 2 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón—; Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la infancia en Castilla y León; Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia del País Vasco; Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja; Ley 17/2006, de 13 de noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears; Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana; Ley 8/2010, de 23 de diciembre, de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia en Galicia, asimismo, artículos 12 a 25 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia; y, la Ley Foral 19/2015, de 10 de abril de derogación de la Ley Foral 3/2014, de 14 de marzo de modificación de la Ley Foral 13/2013, de 20 de marzo de modificación de la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; y, artículos 228-1 a 228-9 del Código Civil catalán.

[5] En este línea, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.,* 8 y 9 quien señala al respecto que, a partir de esta nueva legislación estatal las Comunidades Autónomas forales —no todas—, bien podrán al amparo de la competencia civil atribuida por el artículo 149.1.8 CE «dotarse *ad futurum* de su propio régimen jurídico de protección de menores en aquellas materias no reservadas a Ley Orgánica». Por lo que, añade que, «esta nueva normativa autonómica de aprobarse, necesariamente deberá ser acorde con las previsiones de sus respectivas leyes civiles pero, sin duda, será deseable y aconsejable que se tome como referencias las pautas fijadas por la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015— en aquellas materia no orgánicas, que serán las únicas que puedan regular—».

[6] LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.,* 9 y 10 defiende la aplicación preferente de la normativa autonómica, en atención al principio de competencia que rigen las relaciones entre el Derecho civil estatal y los Derechos civiles forales o especiales.

Por su parte, en el Informe de la Comisión especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines del Senado de 16 de noviembre de 2010 (BOCG, Senado, serie I, número 545, 17 de noviembre de 2010, 44) dispone al respecto que «el *modelo de gestión* de protección del menor responde a un modelo complejo de participación de todas las administraciones —estatal, autonómicas y, en algunos caso, incluso locales—, que plantea problemas de homogeneidad en su aplicación práctica. El sistema ha mejorado mucho en los últimos 20 años, pero el desarrollo legislativo en las CCAA ha sido desigual,

con normas que se superponen o entrecruzan, produciendo una merma en la seguridad jurídica e implicando dificultades para determinar la aplicación más idónea para salvaguardar el interés del menor».

[7] En esta línea, LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 12.

[8] *Vid.*, artículos 46.2 a) y c) y 48.1 de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 15.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 14.1 de la Ley 1/1997 de Canarias; artículos 7.1, 45 y 46 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículos 56 y 58 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; artículo 83 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana; artículo 11.1 de la Ley 3/1995 de Murcia; artículo 32.1 y 2 de la Ley 1/2006 de La Rioja; artículos 17 y 19.1 a) de la Ley 1/1998 de la Junta de Andalucía; y, artículos 4 d) y 43 de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

[9] *Vid.*, artículos 47 c) y 65 de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 18.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 16.1 de la Ley 1/1997 de Canarias; artículo 58.1 b) y f) y 76.1 b), c) d) y e) de la Ley 17/2006 de las Illes Balears, artículos 86.1 y 94.1 a) y 94.2 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana; artículo 12.1 de la Ley 3/1995 de Murcia; artículo 42.3 de la Ley 1/2006 de La Rioja; y, artículos 44 b) y 77.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León.

[10] En esta línea, *vid.*, artículo 47.2 de la Ley 12/2001 de Aragón que establece que las medidas se revisarán cuando las circunstancias del menor lo aconsejen y en todo caso, cada tres meses.

[11] *Vid.*, artículo 56 de la Ley 3/2011 de Galicia; y, artículo 36 de la Ley 1/2006 de La Rioja.

[12] *Vid.*, artículo 38 a) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 6.2 b) de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 4 a) de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; artículos 3.3 a) y 4 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 4.2 a) de la Ley 1/1997 de Canarias; y, artículo 3 a) de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

[13] *Vid.*, artículo 38 c) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 6.2 f) de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 4.2 e) de la Ley 1/1997 de Canarias; artículo 3.3 d) de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 54 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; y, artículo 3 d) de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

[14] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2016/117); los Autos de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 5.ª, 5 de abril de 2000 *(JUR* 2000, 263805); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.ª, 24 de julio de 2000 *(JUR* 2001, 3382); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, 22 de marzo de 2012 *(JUR* 2013, 22101); las sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, 8 de septiembre de 2009 *(AC* 2010, 1662); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 13 de junio de 2016 *(AC* 2016, 1362).

[15] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 6271); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 3.ª, 27 de septiembre de 2001 *(JUR* 2002, 4210).

[16] *Vid.*, artículo 42 n) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 11 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículos 13 y 48.2 d) de la Ley 12/2001 de Aragón; y, artículo 20 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

[17] *Vid.*, artículo 42 m) y ñ) de la Ley 3/2011 de Galicia; artículo 10 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 48.2 a) de la Ley 12/2001 de Aragón; y, artículos 14 y 20 de la Ley 12/2008 de la Comunitat Valenciana.

[18] DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *La modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 502 y 503.

[19] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 877 quien precisa que, es una medida de protección derivada de una situación de suma urgencia y de carácter transitorio.

[20] Para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 510 con esta definición de la situación de riesgo se introduce un desamparo de menor in-

tensidad o de un desamparo atenuado. Y añade que, con las actuaciones en caso de riesgo no existe desatención del menor, pero sí un peligro cierto que puede llegar a producirse. *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 5.ª, 15 de junio de 2004 *(AC* 2004, 990); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 14.ª, 15 de noviembre de 2012 *(AC* 2013, 134).

[21] El artículo 42 de la Ley 3/2011 de Galicia señala enumeran situaciones de riesgo en la línea de la legislación estatal; por su parte, el artículo 41 de la Ley 1/1997 de Canarias considera que «el menor se encuentra en situación de riesgo cuando a causa de sus circunstancias personales, familiares o por influencias de su entorno, se está perjudicando su desarrollo personal o social, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia»; el artículo 56 de la Ley 12/2001 de Aragón entiende por situaciones de riesgo «aquellas en las que, por circunstancias personales o socio familiares, se ven obstaculizados el desarrollo integral del niño o adolescente y el ejercicio de sus derechos y que no requiere su separación del medio familiar»; y, el artículo 60 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears define la situación de riesgo como «aquella en la que a causa de circunstancias personales o familiares o por influencia de su entorno, la persona menor de edad se ve perjudicada en su desarrollo personal o social de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentaría la declaración de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, sea precisa la intervención de las administraciones competentes para eliminar, reducir o compensar las dificultades y evitar el desamparo». A tal fin en su apartado segundo enumera las situaciones de riesgo.

[22] Al efecto en la Recomendación número 24, página 51 se disponía que «se ha de establecer como situación de desamparo la que sufre el menor recién nacido (siempre que no existan familiares que pudieran hacerse cargo adecuadamente del mismo), si una vez nacido se constata que padece alguna lesión o enfermedad como consecuencia directa del comportamiento de la madre durante la gestación, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades en que hubiera podido incurrir. En todo caso, garantizar que la Administración adoptará las medidas de protección necesarias para preservar la seguridad del menor, hasta tanto se determine la posibilidad de protección por parte de la familia biológica. Además, ante la necesidad de actuar con celeridad, imponer también protocolos de actuación para el seguimiento preventivo cuando se detecten o se tenga noticia de situaciones de maltrato prenatal, para garantizar que el recién nacido quedará debidamente asistido cuando se llegue a verificar el nacimiento».

Por su parte, para DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.,* 512 debe valorarse positivamente esta forma de operar por parte del legislador en este caso, pues «aun cuando la protección del derecho a la vida y a la integridad del menor imponga una actuación administrativa rápida y eficaz, no deben obviarse los perjuicios irremediables que una intervención no mediata o precipitada puede ocasionar al mismo menor y a su familiar de origen. Ello obliga, en tales casos, a extremar la prudencia». De otra parte, añade que «conviene tener presente que el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica no está aún sujeto a potestad alguna, por lo que malamente puede esta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, todavía estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido».

[23] El artículo 32.4 de la Ley 1/2006 de La Rioja en relación con las políticas de prevención de situaciones de riesgo de desprotección social, establece que «4. La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo»; y, el artículo 52.2 de la Ley 3/2005 del País Vasco en relación con las actuaciones en situaciones de riesgo, dispone que «2. Cuando las administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligra el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal a fin de que adopte las medidas que estime oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo».

[24] DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.,* 511.

[25] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 26 de julio de 2013 *(RJ* 2013, 8304); las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 4.ª, 4 de abril de 2003 *(JUR* 2003, 238754); de la Audiencia Provincial de Ávila, secc. 1.ª, 10 de junio de 2005 *(AC* 2005, 2233); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 19 de mayo de 2010 *(JUR* 2010, 337901); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 1 de septiembre de 2010 *(AC* 2010, 1986); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, 1 de octubre de 2013 *(JUR* 2013, 374401).

[26] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 3.ª, 7 de junio de 2005 *(JUR* 2005, 199863); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 30 de julio de 2014 *(JUR* 2014, 245669); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 27 de febrero de 2015 *(JUR* 2015, 124166); y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, 14 de septiembre de 2016 *(AC* 2016, 2390).

[27] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 1.ª, 18 de diciembre de 2015 *(AC* 2016, 142).

[28] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 27 de noviembre de 2015 *(AC* 2015, 700).

[29] *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, 4 de julio de 2002 *(AC* 2003, 442) padecimiento por la madre de una patología psiquiátrica crónica y de mal pronóstico; abandono por la madre de los tratamientos médicos prescritos; y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 18 de enero de 2007 *(AC* 2007, 308) incapacidad psíquica y social de la madre y para el cuidado de los menores. Carencia de trabajo estable, sin tener unos adecuados hábitos de higiene, situación de retraso a todos los niveles de los niños, falta de higiene, de atención emocional, situación de marginalidad, absentismo escolar y cambios constantes de domicilios; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 15 de abril de 2008 *(AC* 2008, 1371) padres con trastornos psíquicos, siendo crónico el que presenta la madre que, en situaciones de crisis es incapaz de cuidad de sí misma; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, 22 de noviembre de 2011 *(AC* 2011, 1625) consumo de sustancias tóxicas por los padres; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, 18 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 1120) trastorno mental grave de la madre, e imposibilidad de hacerse cargo del menor, bien de forma personal, bien a través de su familia extensa; de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 2 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 224423) familia multiproblemática con disfuncionalidad crónica y múltiples crisis de parejas. Padres consumidores de alcohol y sustancias ilegales. Exposición de los menores a situaciones de violencia y negligencia en las atenciones básicas; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, 12 de julio de 2016 *(AC* 2016, 1382) madre sujeta a curatela con un importante grado de discapacidad física y psíquica; y falta de involucración del padres en el cuidado y atención del hijo; de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 23 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 238649) enfermedad psiquiátrica de la madre y problemas psíquicos del padre; y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 3.ª, 29 de septiembre de 2016 *(AC* 2016, 2258) incapacidad de la madre de poder atender a los menores derivada de una frágil estructura de la personalidad, de una distorsión de la realidad, así como un funcionamiento infantil del padre.

[30] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, secc. 1.ª, 25 de julio de 2013 *(RJ* 2014, 142); y, el Auto de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, 30 de enero de 2008 *(JUR* 2008, 138273).

[31] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, 7 de abril de 2005 *(JUR* 2005, 138407) déficit educativo, desmotivación, rebeldía, irritabilidad, y mal aspecto físico e higiénico de la menor, con escaso control materno que, manifiesta desapego hacia la niña e incompatibilidad laboral para su adecuada atención.

[32] *Vid.*, el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 6.ª, 23 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 8672) menor privado de la necesaria asistencia y protección. Permanece en la calle, sucio y sin escolarizar y consume alcohol y tabaco sin el consentimiento de sus padres; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, 22 de junio de 2005 *(JUR* 2005, 217249) falta de responsabilidad de manos padres para un adecuado cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad. Familia desestructurada, ingresos económicos deficitarios y posible enfermedad mental de la madre; de la Audiencia Provincial de Murcia,

secc. 1.ª, 25 de abril de 2006 *(AC* 2006, 906) menores no debidamente atendidos por sus padres; y, de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, 22 de marzo de 2012 *(AC* 2012, 904) incapacidad de la madre para dotar al menor de sus necesidades más básicas. Antecedentes de desprotección de sus otros cuatro hijos. No ha superado la situación de cronicidad de la desestructuración familiar, inestabilidad emocional, personal, familiar y económica.

[33] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 6001); los Autos de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, 30 de enero de 2001 *(JUR* 2001, 115823); y, de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 2.ª, 13 de diciembre de 2001 *(AC* 2002, 378); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 17 de julio de 2003 *(JUR* 2003, 269112); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, 17 de mayo de 2004 *(JUR* 2004, 173760); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 7 de junio de 2004 *(AC* 2004, 2236); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 10 de febrero de 2009 *(AC* 2009, 470) madre con vida desordenada y sin domicilio ni trabajo estable. Situación de conflicto continuado con el padre de la menor, manifestando hostilidad incluso en presencia del hijo. Padre inidóneo para el cuidado y educación de la menor; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 21 de diciembre de 2015 *(AC* 2016, 1078); de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, 22 de enero de 2016 *(AC* 2016, 861); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 6.ª, 24 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 1622), y de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 14 de noviembre de 2016 *(AC* 2016, 1826).

[34] *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 1.ª, 22 de diciembre de 2004 *(JUR* 2006, 332772); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 15 de octubre de 2013 *(AC* 2013, 1957); y, de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 1.ª, 15 de junio de 2015 *(AC* 2015, 1332).

[35] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, secc. 1.ª, 28 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 132338).

[36] Para PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 877 señala que, «en orden al concepto legal de desamparo y a los efectos que conlleva permite afirmar que la tutela *ex* artículo 172.1 del Código Civil actúa como una medida administrativa de cobertura por la que se propicia el amparo de un menor cuando, para su protección no han sido suficientes —por falta de ejercicio de las funciones correspondientes o debido a un ejercicio deficiente— las instituciones ordinarias —patria potestad, tutela ordinaria o guarda de hecho— prevista por el Código Civil, ocasionando la desprotección moral o material del menor».

[37] Al respecto el artículo 239.3 del Código Civil también modificado por la Ley 26/2015 reitera la legitimación para el ejercicio de las acciones de privación de la patria potestad, la remoción del tutor y para la solicitud de nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, al Ministerio Fiscal y a la Entidad Pública y añade a los llamados al ejercicio de la tutela; y el artículo 303 del Código Civil —igualmente modificado por la Ley 26/2015— el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

[38] El artículo 36.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias se refiere a la obligación de realizar inventario. A tal fin dispone que: «1. Al tiempo de asumir la tutela por ministerio de la ley de un menor en situación de desamparo, la Administración del Principado de Asturias efectuará inventario de los bienes y derechos conocidos del mismo, y adoptarán las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos prevenidos por las leyes civiles»; el artículo 52.3 de la Ley 1/2006 La Rioja, asimismo, establece que «dentro del plazo de sesenta días siguientes a la declaración de la situación de desamparo, la Consejería competente en materia de protección de menores efectuará inventario de los bienes del tutelado y adoptará las disposiciones necesarias para su conservación y administración en los términos establecidos en la legislación civil. El inventario y las disposiciones adoptadas será comunicadas al Ministerio Fiscal»; y, el artículo 82.1 de la Ley 14/2002 de Castilla y León establece que: «1. Los órganos de la Comunidad de Castilla y León competentes en materia de protección de menores llevarán a cabo las actuaciones oportunas previstas en la legislación vigente en relación con el inventario de los bienes y derechos del menor y con la adopción de las disposiciones pertinentes para su conservación y administración».

[39] Los artículos 779 y 780 de la LEC regulan la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Ambos preceptos son objeto de modificación por la Ley 26/2015, en la que además de incluir las adaptaciones terminológicas necesarias en coherencia con la LOPJM, se unifica el plazo a dos meses para formular oposición respecto a todas las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, eliminando la diferenciación que se hacían respecto a las declaraciones de desamparo. El antiguo artículo 780 señalaba un plazo de tres meses para oponerse a las resoluciones administrativas que declaren el desamparo a contar desde su notificación, u un plazo de dos meses tratándose de oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de menores —*v.gr.*, las que decidan el tipo de acogimiento a través del que habrá de ejercitarse la guarda del menor—.

[40] DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 543 señala que, además de los progenitores y tutores los guardadores —que tuvieran la guarda del menor antes de la declaración de desamparo— y otros interesados como los miembros de la familia extensa del menor están legitimados para instar, durante el plazo de dos años, la revocación de la resolución administrativa de desamparo.

[41] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 6001) no se acredita al examinar la impugnación de la declaración de desamparo interpretado al amparo del artículo 172 del Código Civil que, ese interés sea distinto en razón al cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración de desamparo.

[42] Como así constatamos, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015, *LA LEY Derecho de Familia. Especial Reforma del Sistema de Protección a la Infancia y Adolescencia, octubre*, 6 (versión digital).

[43] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2009 *(RJ* 2009, 74581) señala al respecto que «(…) para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, no con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetico y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para reestablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantengan la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes del tipo psíquico». En esta línea, *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2562); 28 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 4217); 10 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 838); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 14 de febrero de 2013 *(JUR* 2013, 126497); y, de 5 de mayo de 2016 *(AC* 2016, 950).

[44] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2016, 117) consideración de los vínculos existentes entre los menores y sus acogedores y las circunstancias que rodean la relación; y, de 17 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 1132) desarrollo de vínculos afectivos con la familia de acogida; y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 4.ª, 30 de abril de 2001 *(JUR* 2001, 234165) integración del menor en su nueva familia hasta el punto de identificar a la familia de acogimiento con sus verdaderos padres.

[45] PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 881 además como persona interesada considera al menor y a la familia extensa que tuviera acogido al menor y como entidad interesada al Director del centro público o privado en que estuviera acogido el menor.

[46] Modificado por la Ley 26/2015. Por su parte, el artículo 10.5 de la LOPJ, igualmente reformado por la citada Ley, dispone que: «*Respecto de los menores tutelados o guardados*

por las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela, o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas».

[47] *Vid.*, el artículo 32.1 de la Ley 1/1995 del Principado de Asturias; artículo 50.1 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 33 de la Ley 1/2006 de La Rioja; y, el artículo 44.1 y 2 de la Ley 8/2010 de Cantabria.

[48] *Vid.*, el artículo 7.3 de la Ley 12/2001 de Aragón.

[49] MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (dirs.), *Código Civil comentado, vol. I*, 2.ª ed., Navarra: Civitas Thomson Reuters, 889-890.

[50] DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.,* 575 dispone al respecto que, una interpretación conjunta de estas previsiones legislativas permite afirmar que, el acogimiento residencial ha de ser considerado, además de instrumento de protección subsidiario, como una medida temporal no permanente.

[51] En caso de divorcio de los acogedores, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 20 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2786) señala al respecto que, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges acogedores no cabe adoptar en la sentencia que recaiga declarando tales situaciones, medidas definitivas respecto de los menores acogidos, sujetos a tutela administrativa del ente público con suspensión de la patria potestad. Será la autoridad pública administrativa, tutora del menor y autorizante del acogimiento, la que de oficio o a instancia de parte, habrá de decidir sobre el cese del acogimiento o su modificación y, en su caso, los términos de este.

[52] DÍEZ GARCÍA, H. (2016). Comentario al artículo 172 del Código Civil, *op. cit.*, 620; MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.,* 892.

Se opera en la línea de las Conclusiones y Recomendación número 52 de la Comisión Especial del Senado de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, 48 y 53 de potenciar la desjudicialización iniciada por la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, regulando la constitución del acogimiento familiar únicamente en vía administrativa, aun cuando no conste el consentimiento de los padres biológicos, que, en caso de desacuerdo, siempre podrán recurrir la resolución administrativa ante el Juez.

Asimismo, en Informe de la Fiscalía General del Estado de 11 de julio de 2014, 33 se destaca que constituye una novedad trascendente la supresión del acogimiento judicialmente constituido y que el acogimiento se formalice en todo caso por resolución de la Entidad Pública. a tal fin señala que, «el principio de celeridad impone efectivamente la administrativización de su constitución, simplificando el procedimiento, sin perjuicio, claro es, del control jurisdiccional de la resolución administrativa de acogimiento si la misma es impugnada por persona legitimada».

[53] Como así constatamos, *vid.*, BERROCAL LANZAROT, A.I. (2015). «Las instituciones de protección a la infancia y adolescencia: atención inmediata, situación de riesgo y desamparo, tutela administrativa y acogimiento familiar y residencial tras la Ley 26/2015», *op. cit.,* 8 (versión digital).

[54] El artículo 20.3 g) de la LOPJM señala, al respecto que, en el documento anexo a la resolución administrativa del acogimiento familiar deberá constar «la compensación económica, apoyos técnicos y otro tipo de ayudas que, en su caso, vayan a recibir los acogedores»; y, artículo 20 bis.1 k) LOPJM establece que los acogedores tendrán derecho a «percibir una compensación económica y otro tipo de ayuda que se hubiera estipulado en su caso»;

[55] MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.,* 903 señala que, tendrá especial importancia este acogimiento en los supuestos del artículo 172.4 del Código Civil, pero también podrá utilizarse en casos en que la Entidad Pública haya asumido la guarda del menor por haberse constituido bien una tutela administrativa —artículo 172.1 del Código Civil—, bien una guarda administrativa del artículo 172 bis del Código Civil.

[56] La disposición adicional segunda de la Ley 26/2015 establece que, todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento simple deberán entenderse hechas al acogimiento familiar temporal previsto en el artículo 173 bis del Código Civil.

[57] Para MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.*, 892 la posibilidad de recurrir directamente a este acogimiento en los casos de guarda administrativa es inexistente porque resulta contraria a la propia esencia de esa institución.

[58] Recordemos que, el antiguo artículo 173 bis del Código Civil contempla tres modalidades de acogimiento familiar: *simple, preadoptivo y permanente.* Estas son también las modalidades de acogimiento que, se contienen en algunas legislaciones autonómicas, así el artículo 72.1 de la Ley 12/2001 de Aragón; artículo 81 de la Ley 17/2006 de las Illes Balears; artículo 66.3 de la Ley 3/2011 de Galicia; el artículo 116.1 de la Ley 12/2008 de la Comunitat valenciana; artículo 16 de la Ley 4/1994 de Extremadura; el artículo 29.1 de la Ley 1/1998 de Andalucía; el artículo 46.1 de la Ley 3/1999 de Castilla-La Mancha; y, el artículo 71 de la Ley 3/2005 del País Vasco.

[59] La disposición adicional segunda de la Ley 26/2015, se establece que: «*Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deben entenderse hechas a la delegación de la guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del Código Civil*»; y, la disposición adicional sexta de la Ley 26/2015 dispone en relación con la equiparación de regímenes jurídicos en materia de acogimiento que: «*A los efectos de las normas y leyes existentes con anterioridad a la presente ley y de las legislaciones correspondientes de las Comunidades Autónomas con Código Civil propio o con leyes civiles que lo regulen, se equipara la situación de acogimiento familiar temporal con acogimiento familiar simple, y la situación de guarda con fines de adopción con el acogimiento preadoptivo*».

[60] MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). Comentario al artículo 173 bis del Código Civil, *op. cit.*, 901.

[61] MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2016). Comentario al artículo 173 del Código Civil, *op. cit.*, 896.

[62] Se suprime la referencia a la cesación del acogimiento por: la decisión de las personas que lo tienen acogido, previa comunicación de estas a la entidad pública.

[63] El artículo 67.1 de la Ley 1/1997 de Canarias establece que, tienen la consideración de acogimiento en hogar funcional «el núcleo de convivencia permanente similar al familiar en el que su responsable o responsables residan de modo habitual en el mismo».

[64] SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, B. (2014). El modelo común para la intervención con menores en riesgo y desamparo propuesto por el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, *op. cit.*, 146.

[65] La Recomendación número 71, 53 se refería «el establecimiento de nuevas formas de colaboración, con la delegación de la guarda temporal en personas o instituciones para periodos de fines de semana, vacaciones o alivio familiar, siempre que ello redunde en el bienestar del menor y se adopte para su superior interés, lo que habrá de motivarse adecuadamente.

[66] *Vid.*, el artículo 36.4 de la Ley 1/1998 de Andalucía que establece respecto al acogimiento residencial: «4. La medida de acogimiento residencial podrá ser complementada con la estancia del menor con familias colaboradoras durante fines de semana y periodo vacacionales».

[67] LÓPEZ AZCONA, A. (2016). Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, *op. cit.*, 23-24.

[68] Asimismo, el artículo 11.4 de la LOPJ establece al respecto que, las Entidades Públicas dispondrán de programas y recursos destinados al apoyo y orientación de quienes, estando en acogimiento, alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección, con especial atención a los que presenten discapacidad. Tratándose de menores en acogimiento residencial, las Entidades Públicas y los servicios y centros donde se encuentran tendrán como uno de los objetivos prioritario en caso de menores de dieciséis a dieciocho años, la preparación para la vida independiente, la orientación e inserción laboral (art. 21.1 f) de la LOPJM); y, además como obligación velar por su preparación para la vida independiente, promoviendo la participación en las decisiones que le afecten, incluida la propia gestión del centro, la autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades (art. 21.1 m) de la LOPJM). Igualmente, el artículo 65 de la Ley 1/2006 de La Rioja señala que «cuando cese

la guarda por la mayoría de edad o la emancipación o habilitación de edad de un menor, la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja podrá adoptar medidas de apoyo dirigidas a facilitar la vida independiente e integración socio laboral»; y el artículo 76.5 de la Ley 14/2002 de Castilla y León que, asimismo, dispone que: «5. Se establecerán programas especiales de apoyo y preparación para la vida adulta dirigidos a aquellos adolescentes para los que no sea posible o conveniente el regreso con su familia o la aplicación de otra medida de integración familiar estable».

1.3. Derechos reales

La prenda de créditos como garantía mobiliaria hoy. Problemas jurídicos pendientes

The loan of credits as a guarantee furniture today. Pending legal problems

por

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: A lo largo de los últimos años, la prenda de créditos ha sufrido una serie de modificaciones legales, derivadas de las necesidades del tráfico económico, que realmente han aportado muy poco. Es más, podría decirse, que tales reformas han perjudicado a la figura al no tener en cuenta las demandas que la práctica comercial y financiera exigían ante las deficiencias normativas del Derecho español. Por ello, en este estudio, hacemos un breve recorrido por los puntos más conflictivos de la prenda de créditos con el fín de que el legislador tome nota y comience a pensar en una verdadera y completa reforma de la prenda de créditos, teniendo en cuenta la existencia de objetos diferentes (créditos presentes y futuros, individuales o en grupo); terceros implicados o afectados (deudor cedido y acreedores); y, problemas de impago que pueden llevar al concurso o no.

ABSTRACT: Over the last few years, the lending has undergone a series of legal modifications, derived from the needs of the economic traffic, which have really contributed very little. It is more, one could say, that such reforms have harmed the figure by not taking into account the demands that the commercial and financial practice demanded before the normative deficiencies of the Spanish Law. Therefore, in this study, we make a brief tour of the most conflictive points of the loan pledge in order for the legislator to take note and start thinking about a true and complete reform of the pledge, taking into account the existence of different objects (present and future, individual or group credits); third parties involved or affected (debtor ceded and creditors); and, problems of non-payment that can lead to the contest or not.

PALABRAS CLAVE: Prenda de créditos. Cesión en garantía. Créditos futuros. Notificación. Fecha cierta. Objeto de la prenda. Concurso del acreedor pignoraticio.

KEY WORDS: Credit lending. Assignment in guarantee. Future credits. Notification; certain date object of the garment. Insolvency of the creditor pignoraticio.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PRENDA DE CRÉDITOS COMO GARANTÍA REAL MOBILIARIA.—III. EL OBJETO DE LA PRENDA DE CRÉDITOS. POSIBLES MODALIDADES.—IV. NOTIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA PRENDA DE CRÉDITOS.—V. FECHA CIERTA O DOCUMENTO PÚBLICO. —VI. PROBLEMAS DE CONCURSO.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX DECISIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La prenda de créditos, actualmente, tiene una enorme importancia en el ámbito económico. Se puede afirmar, sin género de dudas, que es una figura de garantía básica en el mundo económico y financiero, totalmente necesaria que permite a muchas empresas desarrollar y continuar su actividad obteniendo crédito.

La importancia económica de la prenda de créditos se manifiesta jurídicamente en la atención que la ha mostrado la doctrina y jurisprudencia españolas a partir de 1980 y también en el desarrollo normativo, aunque parcial, que por parte del legislador, ha tenido en un escaso espacio de tiempo, si atendemos a otras figuras jurídicas de garantía[1].

El desarrollo normativo de la prenda de créditos ha sido muy irregular. Como he señalado en el párrafo anterior, no hay una regulación completa y definitiva de la figura, nunca la ha habido en el Derecho español a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno. Incluso es dudoso hablar de una mención a la prenda de créditos en el propio Código Civil. Habrá que esperar a 2003, con la Ley Concursal, para ver por primera vez una mención a la prenda de créditos en el ordenamiento jurídico español nacional[2].

En realidad, el impulso jurídico de la prenda de créditos se debe en gran parte a la doctrina, a partir de los años 80 del siglo pasado, alentada por las necesidades de la economía. Pero también, debe reconocerse la importancia de la jurisprudencia a la hora de fijar su configuración, requisitos y tratamiento en los diversos conflictos en juego[3]. Aun así, como todos sabemos, la realidad es más rápida que el Derecho y esto lo comprobamos en la situación actual de la figura: la prenda de créditos, tal y como se concebía a finales del s. XX, ha ido evolucionando según las necesidades en juego, de tal forma, que existen distintas formas de configurarla. Pero también, vemos una evolución en su objeto y requisitos. Ya no solo asistimos a la figura de una prenda de créditos presentes, sino también futuros; e, incluso a la prenda de un conjunto de créditos o prenda global. Por otra parte, los requisitos varían según el escenario donde nos movemos: la prenda de créditos tradicional con una cierta adaptación de los requisitos de la prenda mobiliaria del Código Civil; la prenda sin desplazamiento posesorio tal y como se regula en la LHMPsD[4]; la prenda de garantías financieras regulada por una normativa especial; y, finalmente, en el ámbito foral, encontramos una regulación de la prenda particularizada en el Código Civil catalán de 2006.

Dada la importancia que en este proceso ha tenido la jurisprudencia, creo que es un buen momento para analizarla, ver la situación actual de la prenda de créditos y dejar de manifiesto los problemas actuales que presenta, con el fin de que el legislador tome buena cuenta y comience a pensar en una regulación general y total de la figura.

II. LA PRENDA DE CRÉDITOS COMO GARANTÍA REAL MOBILIARIA

A lo largo de toda la historia jurídica de la prenda de créditos, desde el Derecho Romano «*pignus nominis*» hasta finales del siglo XX, la gran cuestión que se planteaba la doctrina era su configuración jurídica: garantía real o personal. La existencia de un derecho de crédito como objeto de la garantía era un grave problema para un sector de la doctrina que consideraba la imposibilidad de constituir una prenda sobre algo incorporal. Ello, llevaba en ocasiones a negar la figura o considerarla como una mera cesión de la acción de exigir del acreedor al deudor.

Tras una serie de decisiones titubeantes por parte de la jurisprudencia de nuestro TS a lo largo del s. XX[5], aparecen dos sentencias claves que serán seguidas por las demás y donde se deja claro que la prenda de créditos es una figura de garantía mobiliaria de carácter real. Es un verdadero derecho real de prenda. Tales sentencias provienen ambas del mismo ponente, Antonio GULLÓN BALLESTEROS, quien recoge la posición de gran parte de la doctrina española. Estas Sentencias son la de 19 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3429) y la de 7 de octubre de 1997 *(RJ* 1997, 7101). En ambas sentencias, el Tribunal manifiesta: «*…la compensación operada entre el crédito de «Hispania Líneas Aéreas, SA» contra «Banco Exterior de España, SA» y el de este contra aquella no puede ser tratada jurídicamente como un supuesto de compensación dentro de una situación de quiebra como hace la sentencia recurrida, sino como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición, que tiene lugar mediante aquel mecanismo de extinción de la deuda por compensación y, en consecuencia, es irrelevante la fecha en que el crédito garantizado con la imposición nació en relación con la de la quiebra. El crédito a la restitución de la imposición a plazo estaba pignorado mediante póliza intervenida por Corredor de Comercio antes de esta última, por lo que el acreedor pignoraticio no tenía obligación de llevarlo a la masa de quiebra, y sí tenía derecho a ejecutar la garantía por separado (art. 918 Código de Comercio). Solo manteniendo que no hay posibilidad jurídica de afectar créditos en garantía del pago de deudas puede sostenerse esta «ratio decidendi» de la sentencia, pero esta tesis no es aceptable porque el crédito a la restitución es un valor del patrimonio del imponente, que le debe servir para garantizar las deudas que contraiga. La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 del Código Civil, el cual admite la prenda que «produce intereses», lo que obviamente sucede con el crédito. La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1527) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro. Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859), prohibición histórica que se ha mantenido viva en las legislaciones desde el Derecho Romano para evitar que los deudores que necesitan acudir al crédito pacten condiciones leoninas con sus acreedores, que de otra manera podrían quedarse para pago de las deudas garantizadas con objetos de más valor de lo debido. En la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros,*

porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio…».

A partir de aquí, puede afirmarse que el Tribunal Supremo no ha vuelto a dudar sobre la posibilidad de la prenda de créditos como derecho real de garantía. Prueba de ello son, entre otras, la STS de 10 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 1821) donde se afirma expresamente: «*…estamos ante un derecho real de prenda sobre el crédito que otorga al acreedor el derecho de preferencia del artículo 1922.2 del Código Civil… si bien el dinero (algunos alegaban la existencia de una prenda de dinero y no de créditos) como tal no puede constituir por sus características el objeto de un derecho real de prenda, otra cosa es cuando es objeto de un contrato celebrado con un tercero, que otorga un derecho a la restitución de la suma entregada. Ese crédito tiene obviamente un valor, que no hay ninguna necesidad física y jurídica de que quede inmovilizado, lo que además sería anómalo e incongruente en una sociedad económica como la actual, en la que los créditos juegan un papel esencial en el tráfico económico. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala lo reconozca, permitiendo que el crédito a la restitución sea objeto de un derecho real de prenda (Sentencias 19 de abril [RJ 1997, 3429] y 7 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7101], 27 de octubre de 1999 sic, 25 de junio de 2001 [RJ 2001, 5080] y 26 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 7873]). Legislativamente ha de señalarse que la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748) ha reconocido también la aptitud de los créditos para ser objeto de un derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial de acreedor pignoraticio sobre dicho crédito (art. 91.1.6.º)*»; 20 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 3455); 11 de marzo de 2008 *(RJ* 2008,4044); 24 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2769).

En esta fundamentación, vemos como la jurisprudencia intenta encajar las particularidades de este tipo de garantía derivadas básicamente de su objeto: un derecho de crédito[6].

III. EL OBJETO DE LA PRENDA DE CRÉDITOS. POSIBLES MODALIDADES

El objeto de la prenda de créditos es un derecho de crédito de carácter personal. A lo largo del tiempo, siempre se ha pensado en un solo derecho, existente y determinado. Hasta 2007 la mayoría de las sentencias que observamos hacen referencia a la prenda de créditos presentes, normalmente derivados de imposiciones a plazo, donde el banco obtiene mediante la pignoración del saldo de dichas imposiciones un derecho de prenda. En este sentido, y con remisión a las Sentencias de 1997, ya citadas, señala la STS de 25 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 5080): «*esta Sala en Sentencias de 19 de abril (RJ 1997, 3429) y de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7101) ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:*

A) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el «tantundem».

B) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues este no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del

Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses.

C) *Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria*».

Junto a la práctica de prendas de créditos presentes, comienzan a celebrarse contratos de garantía con créditos futuros. En principio, aunque no es muy claro para parte de la mayoría de la doctrina, puede afirmarse que el contrato puede tener como objeto cosas presentes y futuras, conforme a los artículos 1112 y 1271,1.º del Código Civil, luego el crédito objeto de la pignoración puede ser presente o futuro. A ellos pueden unirse, en el ámbito de las garantías reales, por analogía, la posibilidad de admitir la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 LH)[7].

Sobre la admisibilidad de la prenda de créditos futuros, como objeto pignoraticio, se manifestó de forma indudable y firme la STS de 20 de junio de 2007 *(RJ* 2007,3455) que, tras afirmar la posibilidad de pignorar derechos de crédito presente «*La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001 (RJ 2001, 7243), 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7873) y 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1821), nos remitimos para evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (RCL 2003, 1748), que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6.º)*», continuaba señalando sobre los créditos futuros: «*se pactó la garantía para "cualesquiera débitos que pudiera tener contraídos o que contraiga en el futuro con B". El artículo 1861 del Código Civil dice que la hipoteca o la prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. El crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma. Además, si la Ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 Ley Hipotecaria [RCL 1946, 886]) y la fianza por deudas futuras (art. 1825 del Código Civil [LEG 1889, 27]), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones*». Indudablemente, el legislador lo ha reconocido expresamente al regular el privilegio del acreedor pignoraticio de créditos futuros, en la Ley Concursal tras las reformas de 2011 y 2015, artículo 90.1.6. No obstante, ya antes, se había reconocido la posibilidad de pignorar créditos futuros[8], como podemos ver en las SSTS de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 7873), sobre la prenda de la futura indemnización exigible por razón del seguro de insolvencias de los clientes; la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2003 *(RJ* 2003, 4313), relativa a la cesión en garantía del derecho de crédito futuro consistente también en el cobro de una subvención, en este caso, por razón de la transformación de cítricos. Igualmente, puede verse en la RDGRN de 14 de julio de 2001 *(RJ* 2002, 2391) se grava el futuro derecho de traspaso de un local por medio de hipoteca de establecimiento, conforme a los artículos 19 y sigs. LHMPSD.

La posibilidad de un derecho, presente o futuro, también se regulaba ya en el artículo 7[9] del RDL 5/2005, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso

a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 2002/47/CE de 6 de junio sobre acuerdos de garantía financiera. Este Decreto admite la posibilidad, por necesidades económicas de realizar operaciones de prenda de créditos (art. 6,1.º y 6,3.º) y cesiones plenas en garantía (art. 6,1.º) si bien limitadas a ciertos sujetos (bancos y personas jurídicas, conforme señala el art. 4 del RDL), y, en su regulación es de destacar, fundamentalmente, la importancia que se otorga a la causa de la operación frente a la estructura que se adopta formalmente por las partes así como la posibilidad de constituirla sin necesidades de forma; de otro lado, también es importante señalar la posibilidad, que se admite, de ejecución de la garantía mediante la compensación[10].

Respecto a la posibilidad de pignorar créditos futuros se puede añadir también, la disposición final tercera de la Ley 41/2007, de reforma del Mercado Hipotecario, en la que se admite la posibilidad de constituir expresamente prenda sobre créditos futuros, configurándola como una prenda sin desplazamiento con la correspondiente inscripción en el Registro de Bienes Muebles[11].

Como ha señalado TARRAGONA FERNÁNDEZ[12], «La específica normativa que regula abiertamente la prenda o cesión de créditos futuros no hace sino responder a la insistente demanda de los mercados. Y es que en el tráfico mercantil, especialmente en el ámbito de financiación de proyectos o "project finance", es práctica habitual que los derechos de crédito que nacen o lleguen a nacer de una relación jurídica sinalagmática se cedan o pignoren en garantía de una obligación. En estos casos, los créditos futuros suelen ser los únicos activos disponibles por el deudor. La financiación, por tanto, no descansa en la solvencia del prestatario, sino en el flujo de caja o "cash flow" que genere el proyecto como medio principal de repago. Es por ello, que resulta interesante la figura de la prenda de créditos futuros, pues sirve como garantía esencial para el repago de la financiación de proyectos cuyo único activo son los créditos que en el futuro nazcan como consecuencia del normal desarrollo de la actividad empresarial del deudor».

El problema más importante que puede presentar el crédito futuro como objeto de la prenda es su determinabilidad, tal y como exige el artículo 1273 del Código Civil. A este respecto, la doctrina suele utilizar la aplicación analógica de los criterios que, en sede de cesión de créditos, se encuentran contenidos en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (en adelante, Ley 1/1999)[13]. La disposición adicional tercera señala, como requisito para la cesión de créditos «*que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores*»[14]. La doctrina, mediante una interpretación analógica, hace extensible la aplicación de dicha regulación —en sede de cesión— a los criterios que deben aplicarse para la determinación de los créditos futuros objeto de pignoración[15]. De esta forma, como señala TARRAGONA FERNÁNDEZ[16] «pueden establecerse los siguientes criterios de determinación de los créditos futuros: (i) que el crédito quede fijado por su conexión con relaciones obligatorias preexistentes, como es el caso de los contratos de tracto sucesivo o ejecución prolongada[17], (ii) que se identifique al deudor o deudores cedidos[18], (iii) que se identifique la actividad que se realiza o los bienes o servicios que se ofrecen[19], o (iv) que se determinen los créditos fijando un límite temporal[20] o cuantitativo[21]».

Si la constitución de la prenda de créditos futuros se hiciese como prenda sin desplazamiento, la Instrucción de 12 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 210678) de la Dirección General de Registros y del Notariado señala respecto a los requisitos de identificación o descripción de los créditos pignorados, conforme al artículo 57,1.º LHMPsD que «*no debe llevarse el 'principio de especialidad' o de 'determinación hipotecaria/registral' al extremo de exigir un mayor grado de determinabilidad en relación con los créditos futuros contemplados que la que se precisa para la determinación de las obligaciones garantizadas con hipoteca de máximo. O sea: que bastará una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro los créditos empeñados (cfr. art. 153 bis LHMPSD por analogía*». Esta misma Instrucción citada, respecto a los créditos objeto de la prenda señala: «*En particular, pueden darse en garantía o "gravarse" de este modo cualesquiera créditos futuros: tanto los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas existentes al momento de la pignoración como los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas inexistentes pero aún así determinables. Así, todas las rentas futuras derivadas de los contratos de arrendamiento o subarriendo que se celebren en el futuro sobre un determinado inmueble. También, los créditos por clientes que se devenguen y sean el resultado del ejercicio de la actividad empresarial del pignorarte durante los siguientes ejercicios; los dividendos pasivos exigibles de los accionistas en los tres próximos años, etc.*

La licitud de la constitución de garantías reales sobre créditos futuros encuentra su justificación en las reglas generales acerca de la licitud de los contratos sobre cosa futura: cfr. arts. 1112 y 1271.1 del Código Civil. Por lo demás, la posibilidad de garantías reales sobre créditos futuros en nuestro ordenamiento positivo se infiere de múltiples preceptos contenidos en normas especiales. Así, en la disp. ad. 3.ª Ley 1/1999, de 5 de enero (RCL *1999, 12); el artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre* (RCL *2011, 2050 y* RCL *2012, 106); en el artículo 2.1.b) del RD 926/1998, de 14 de mayo* (RCL *1998, 1219), por el que se regulan los fondos de titulización de activos etc. Tampoco se plantean problemas sobre el particular en los distintos ordenamientos de Derecho comparado: cfr. Directiva 2002/47/CE de 6 de junio y artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional de 12 de diciembre de 2001. En fin, la figura se admite de manera expresa en el nuevo artículo 54.3 LHMyPSD en donde se otorga carta de naturaleza a la prenda registral sobre créditos futuros. Pignorar créditos futuros es una práctica habitual en los negocios; lo que queda reflejado en no pocas normas, sentencias y hasta en resoluciones. Es frecuentísimo ceder en garantía créditos integrantes de una relación jurídica sinalagmática, "cesión que solo afecta al lado activo de la posición jurídica del cedente, a cuyo cargo permanecerán las obligaciones en que consista la contraprestación" (STS de 22 de febrero de 2008 [RJ 2008, 3048])*».

Hasta la reforma de la Ley Concursal de 2011, la doctrina clasificaba los créditos futuros en «puramente futuros» o «simplemente futuros» atendiendo a si tales créditos habían nacido o no de relaciones jurídicas preexistentes a la declaración de concurso. Tras la reforma de 2011 (Ley 38/2011), como ha señalado TARRAGONA FERNÁNDEZ, «*este criterio se ha visto desplazado por el impuesto en la nueva redacción del artículo 90.1.6.º LC, pues ya no es el criterio del momento del nacimiento de la relación jurídica de la que se derivan los créditos el que determina si la obligación garantizada puede considerarse como con privilegio especial o no, sino que ahora el privilegio especial se otorga "a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la*

prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso". Por tanto, los créditos "puramente futuros", esto es, aquellos que nacen de relaciones jurídicas aún no contraídas en el momento de la declaración del concurso del pignorante-deudor del crédito garantizado tendrán privilegio especial en caso de que se proceda a su rehabilitación o la garantía se constituya como una prenda sin desplazamiento. Los créditos "simplemente futuros", sin embargo, no gozarán automáticamente del privilegio especial por nacer de relaciones jurídicas anteriores a la declaración del concurso, pues el propio artículo 90.1.6.º LC no repara en el momento en que se lleva a cabo la relación jurídica que da lugar al nacimiento del crédito, sino en el momento del propio nacimiento del crédito, por lo que podemos encontrarnos en supuestos de créditos que nacen dentro del concurso derivados de relaciones jurídicas anteriores a la declaración del mismo, y que no gozarán del privilegio especial frente al resto de acreedores sino se procede igualmente a su rehabilitación de conformidad con el artículo 68 LC o se han inscrito en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso».

La idea de una prenda sobre uno o algunos créditos presentes o futuros del deudor ha sido algo muy simple si nos fijamos en la práctica económica y en las necesidades del mercado. A partir de 2007 comienzan a aparecer conflictos jurídicos, que llegarán al Tribunal Supremo, derivados de la existencia de prendas sobre un conjunto de derechos pertenecientes al deudor: presentes y futuros; o, solo futuros. Son figuras de prendas globales[22], perfectamente admitidas por la doctrina y jurisprudencia, con base en el artículo 1532 del Código Civil[23], donde se pignora en un solo acto y mediante una sola prenda un conjunto de derechos del pignorante, normalmente futuros. Como señala GARCÍA VICENTE, «(no se dan sucesivas pignoraciones según nacen los créditos sino que se constituye una única prenda de ejecución sucesiva) *"nacerá el derecho de prenda sobre cada crédito según nazca este (con la fecha frente a terceros del negocio constitutivo de la prenda), sin que sea necesario acto complementario alguno por parte del pignorante ni del acreedor prendario, más allá de la utilidad que puede tener, en sus relaciones frente al deudor del crédito pignorado, la notificación de la prenda, que por otra parte puede anticiparse al nacimiento del crédito en muchas ocasiones"*[24]*. Esta figura, reconocida por la jurisprudencia, tiene no obstante algunos inconvenientes manifestados por la doctrina que pueden traer abusos para el pignorante y una sobreprotección para el acreedor pignoraticio*[25]».

De lo dicho hasta aquí, podríamos afirmar que existe una categoría general de prenda de créditos[26] que tiene diversas variantes, en cuanto a su objeto: la prenda de créditos presentes; la prenda de créditos futuros; la prenda global de créditos.

IV. NOTIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

Una de las grandes cuestiones que se han planteado a lo largo de la historia es la función que cumple la notificación al deudor cedido en materia de prenda de créditos ordinaria o general. Atendiendo a la similitud con la cesión limitada del derecho de crédito con causa de garantía, es doctrina mayoritaria que la notificación no es un requisito constitutivo de la prenda de créditos, (salvo en la prenda de créditos catalana donde si es un requisito constitutivo, como ocurre en el derecho alemán), pues esta puede celebrarse y tener efectos sin intervención e incluso contra la voluntad del deudor. Ya se manifestó así la jurisprudencia desde la STS de 24 de diciembre de 1867 (CL t.16, núm. 372). No obstante, la doctrina mayoritaria en España, considera, conforme a lo establecido en el ar-

tículo 1527 del Código Civil para la cesión total del crédito que la notificación si es un requisito de eficacia para el deudor[27].

Frente a esta postura, otro sector doctrinal, en el que destaca PANTALEÓN, considera que la notificación o conocimiento de la cesión por el deudor ni es un requisito de validez ni lo es de eficacia. La cesión, plena o parcial del crédito, es válida y eficaz entre las partes y frente a todos los terceros por el mero consentimiento. Por ello, entiende que la notificación o conocimiento solo está en relación con los efectos del pago liberatorio que señala el propio artículo 1164 del Código Civil[28]. En este sentido, se ha manifestado el TS en SSTS de 23 de junio de 1983 *(RJ* 1983, 3682); 14 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 997) o 23 de julio de 2007 *(RJ* 2007, 4698): «*no cabe desconocer que es doctrina reiterada de esta Sala, plasmada en la reciente Sentencia de 26 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2347), que la cesión de créditos mercantiles es un negocio jurídico que no solo no exige para su perfección el consentimiento del deudor cedido, sino que la notificación no afecta a la relación cedente-cesionario, sino que se circunscribe a impedir que el deudor cedido pague legítimamente al acreedor originario. En efecto dice la mencionada sentencia que para la perfección de la cesión "no se requiere consentimiento del deudor cedido, solo que se le notifique para que no pueda pagar válidamente a su antiguo acreedor", añadiendo en cuanto a los ya apuntados limitados efectos de la notificación, que "el hecho que no se le haya notificado en modo alguno supone fraude o perjuicio para él", pues el acreedor cedente "será titular del crédito y como tal puede exigírsele", interpretación que entronca con la corriente mantenida al respecto desde muy antiguo, que venía defendiendo que el tenor del artículo 347 del Código de Comercio (LEG 1885, 2), cuando señala que "los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor bastando poner en su conocimiento la transferencia", no establece que tal notificación sea indispensable para la validez misma de la transferencia, sino que la puesta en conocimiento del deudor es a los solos efectos de que no se repute ilegítimo el pago que se hiciere al acreedor primitivo, dirigiendo al deudor a que pague al nuevo titular —STS de 23 de junio de 1983 (RJ 1983, 3682)—, resultando así porque la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada en derecho y respecto de la cual también se ha dicho que es suficiente "que se haga en el acto del emplazamiento en juicio al deudor para que se haya cumplido el precepto del examinado artículo 347"*». *Igualmente, la STS de 11 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4044): «artículo 1527 del Código Civil (LEG 1889, 27), que establece que "el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación", de donde hay que deducir que el deudor que tiene conocimiento de la cesión no queda liberado de su obligación si satisface a su primitivo acreedor y no al nuevo. El deudor cedido no es parte en el contrato de cesión y, por tanto, para la validez del negocio no debe concurrir prestando su consentimiento (SSTS de 15 de julio de 2002 [RJ 2002, 7178] y 11 de julio de 2005 [RJ 2005, 5009]); pero si la conoce, debe pagar a quien resulta ser su nuevo acreedor para que se produzcan los efectos liberatorios del pago. El artículo 1527 del Código Civil, que se ha considerado infringido, solo contiene una regla que determina si el deudor queda o no liberado de su obligación cuando no conoce que se ha producido un cambio de acreedor; si se ha notificado la cesión, como ha ocurrido en este caso, y siendo cierta, como lo es, la fecha de la notificación, el deudor no se libera pagando al primitivo acreedor, sino que debe hacerlo al cesionario, porque la puesta en conocimiento del deudor cumple precisamente la función de impedir que se produzca la liberación prevista en el artículo 1527 del Código Civil*».

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y, en el caso de la prenda de créditos, ha considerado que la notificación al deudor es un requisito, no ya de eficacia, sino un requisito constitutivo del contrato de prenda[29]. Si bien, algunos han matizado y consideran que la notificación o conocimiento es un requisito para que la prenda tenga eficacia real[30]. En este sentido, trata de asimilarse la función de la posesión en la prenda ordinaria manual a la notificación de la prenda de créditos: dar publicidad y evitar la libre disponibilidad de la cosa pignorada por parte del pignorante[31]. Es significativa en este mismo sentido la STS de 19 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3429) al señalar: «*La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 del Código Civil, el cual admite la prenda que "produce intereses", lo que obviamente sucede con el crédito. La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1527) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro*». En sentido similar pueden verse las SSTS de 26 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 7873) citada por la STS de 3 de febrero de 2009 *(RJ* 2009, 1360) que señala: «*conforme a la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2002 (RJ* 2002, 7873), *como prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignaticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda. Es verdaderamente una prenda de derecho el crédito frente al Estado. El acreedor pignoraticio podrá ejercitar en su día y percibir directamente el crédito objeto de la prenda que, si es de dinero, cumplirá con él la obligación garantizada… El concepto del derecho de prenda implica la posesión de la cosa pignorada por el acreedor pignoraticio; en la prenda del derecho de crédito no cabe tal posesión, sino que se sustituye por la notificación al deudor y no se exige una inscripción constitutiva*».

En mi opinión, como ya me he manifestado en varias ocasiones, la notificación de la cesión al deudor no es un requisito constitutivo, ni tampoco sustituye la función de la posesión como requisito de publicidad. La cesión, como la prenda se constituyen con el mero consentimiento de las partes. Tampoco es un requisito de publicidad como la posesión, porque no cabe la posesión de los derechos de crédito y además la mera notificación no implica la indisponibilidad del crédito por parte del pignorante[32]. Su función básica no es otra que dar a conocer al deudor la pignoración para que en caso de vencimiento del crédito pague al acreedor pignoraticio y no al pignorante. Pero además, la falta de notificación provoca que el acreedor pignoraticio se vea privado de:

— El derecho a que el deudor cedido le abone los intereses devengados por el crédito pignorado (art. 1868 del Código Civil).
— El ejercicio de las facultades conservativoas del crédito frente al deudor cedido cuando el pignorante sea negligente o no pueda actuar frente al cedido.
— La propia garantía si un posterior cesionario notifica la pignoración antes y le exige al deudor la realización del pago[33].

La importancia y necesidad de la notificación, frente a lo que ocurre en el Derecho alemán, se ve en las reformas legales últimas sobre la figura, donde se ha mantenido tal requisito, como en la del Derecho francés de 2006 (art. 2362 del Código Civil como requisito de oponibilidad frente al deudor cedido) y en la del Derecho catalán, que va mas allá y lo ha considerado como un requisito constitutivo de la prenda de créditos, art. 569-13.3 Código Civil catalán).

Ahora bien, es cierto que puede traer retraso e inconvenientes en el tráfico jurídico y económico, de ahí que en las reformas sobre garantías financieras se haya eliminado tal requisito.

Junto al requisito de notificación, la inclusión de la mal denominada «prenda de créditos sin desplazamiento de posesión»[34] tras la reforma del artículo 54 LHM yPsD, de 2007, exige la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de la prenda de créditos[35]. En un principio, la idea de la reforma estaba en considerar la inscripción como requisito constitutivo de esta prenda, por la regulación del artículo 3 de esa misma Ley y como algo excepcional frente a la normativa del Código Civil. Sería una sustitución de la necesidad de entrega del bien pignorado. Los graves problemas que esto podía plantear y las dudas prácticas motivaron una consulta que trajo como resultado la RDGRN de 18 de marzo de 2008. En dicha Resolución la RDGRN parte de distinguir dos tipos de prenda: la prenda de créditos ordinaria con desplazamiento posesorio, a la que se aplica el Código Civil, y la prenda de créditos sin desplazamiento posesorio que se regula en la LHMPsD. Esta última, según dicha Resolución, cuando exige la inscripción no signfica que se equipare esta a la notificación: «pues ambos actos jurídicos no tienen igual valor, ni otorgan idénticos derechos al acreedor pignoraticio, dada la naturaleza de una inscripción de prenda sin desplazamiento que en modo alguno se equipara, ni tiene el valor, que se le atribuye a la inscripción de una garantía real inmobiliaria».

La inscripción es un mero requisito de eficacia, según señala la Resolución de 2008: «*al contrario de lo que sucede con la hipoteca inmobiliaria (art. 1875.1 del CCv), en el que la inscripción es un requisito de validez, en la prenda sin desplazamiento es un requisito de eficacia, ya que la ausencia de inscripción "privará al acreedor… pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley" (párrafo último del art. 3 de la LHMPSD). Esta contundente afirmación de la LHMPSD no se ve alterada por el inciso final del párrafo tercero del artículo 54 de la LHMPSD, según la redacción dada por la Ley 41/2007, pues aparte de que hubiera requerido una reforma específica para dicha garantía mobiliaria del artículo 3 de la LHMPSD, ese entendimiento implicaría una reforma en profundidad de esa Ley, lo que extravasa con mucho el objeto de la reforma que, como se expondrá, es más limitado. Si se afirma que esa prenda sin desplazamiento de intangible (derecho de crédito) requiere para su eficacia de inscripción, es por la simple razón de que, existiendo dificultades objetivas de determinación de los elementos indispensables para su constancia tabular (art. 57 de la LHMPSD), tal inscripción tiene una mayor importancia, lo que en modo alguno dota a la misma de requisito de validez. Sigue siendo un requisito de eficacia*». En este sentido, y para cerrar la diferencia entre ambas figuras, la Dirección General afirma que «*de la evidencia de que la prenda sin desplazamiento, a pesar de su reflejo tabular, carece de la facultad de reipersecutoriedad y de oponibilidad de lo inscrito, de la que, al contrario, sí disfruta una hipoteca inmobiliaria o una prenda posesoria de las reguladas con carácter general en el Código Civil. Que la prenda sin desplazamiento carece de reipersecutoriedad, es una obviedad a la luz del artículo 16 de la LHMPSD que sí le atribuye tal efecto a la hipoteca mobiliaria y no a la prenda sin desplazamiento —véase, asimismo*

lo dispuesto para las hipotecas inmobiliarias en los artículos 1876 del CCv y 104 de la LH.

Que no tiene reconocido el efecto de la oponibilidad de lo inscrito es también evidente, pues así se deriva del artículo 56 de la LHMPSD. Este precepto afirma que «la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre bienes pignorados», lo que dota de sentido, por otra parte, a la prohibición de gravar con una prenda posesoria el bien previamente sujeto a prenda sin desplazamiento del artículo 55 de la LHMPSD; pero es más, el juego conjunto de los artículos 59 —el deudor pignorante tendrá la consideración de depositario—; 60 —imposibilidad de traslado del bien pignorado sin consentimiento del acreedor—, y 63 de la LHMPSD obligan a considerar que la inscripción no se impone frente al adquirente del bien pignorado siempre que este lo sea de buena fe.

El resumen de cuanto antecede es evidente: la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento no son figuran homogéneas en cuanto a los derechos que se derivan de cada una. No se trata, por tanto, de que en la primera no hay reflejo tabular y sí en la segunda. Tampoco son equiparables la naturaleza y efectos de la notificación y de la inscripción».

En realidad, se puede afirmar que la inscripción de la prenda de créditos en el Registro de Bienes muebles no tiene más finalidad que hacerla eficaz frente a terceros, tal y como se ha recogido en la Ley Concursal, 90.1.6 tras la reforma de 2011. No para el deudor sino para los terceros, de ahí la necesidad de documento público.

V. FECHA CIERTA O DOCUMENTO PÚBLICO

La prenda, señala el artículo 1865, para ser eficaz frente a terceros debe tener fecha cierta en documento público. En este precepto el legislador ha sido más estricto que en el relativo a la eficacia de la cesión de créditos, artículo 1526, donde la fecha cierta de la cesión puede constar en documento público o privado.

Esta diferencia ha llevado a la doctrina a discutir durante mucho tiempo el sentido de estos artículos y la disputa sobre cuál debe aplicarse a la prenda de créditos. Ha habido intentos por considerar que estos artículos recogían un requisito de forma *ad solemnitatem* para la prenda de créditos. Esto no puede admitirse en ningún caso. Como ya he afirmado anteriormente tanto la cesión de créditos como la prenda de créditos se rigen por el principio general de libertad de forma (art. 1278 del Código Civil), de manera que la cesión, *inter* partes se perfecciona por el mero consentimiento y, la prenda, requiere el consentimiento seguido de la entrega (art. 1863). Es la opinión unánime en España y Europa, y tiene como mejor argumento la Ordenanza de 1673, título VI, artículos 8 y 9 que son el origen de los artículos 1526 y 1865.

En mi opinión, y conforme a una gran mayoría, la exigencia de certeza de la fecha es un requisito de eficacia de la prenda frente a terceros, concretamente de la oponibilidad sustancial de la prenda o cesión. Es decir, no es más que el requisito para determinar la prevalencia del título contractual de la adquisición pignoraticia sobre el título contractual del tercero.

La diferencia entre los artículos 1526 y 1865 está en el tipo de documento donde puede constar la fecha cierta: solo en documento público para la prenda (art. 1865) o en documento público o privado indistintamente para la cesión (art. 1526). Como ya me he manifestado en otras ocasiones yo me decanto por

el artículo 1865 del Código Civil por la causa de la propia cesión: la garantía. En primer lugar, porque considero que la prenda de créditos no es más que la cesión limitada de este derecho, y, como tal cesión es un contrato de causa variable que se modaliza por su causa, en nuestro caso, la de garantía. Pero además, otra razón importante en este punto es la posibilidad de que, en determinados supuestos, la prenda de créditos pueda llegar a convertirse en una prenda ordinaria; o se opte por solicitar la enajenación forzosa del crédito por el acreedor pignoraticio en caso de incumplimiento del deudor. Aparte de las ventajas probatorias del documento público sobre el privado.

Las funciones que cumple el observar la certeza de la fecha de la prenda, en nuestro caso, son importantes. De un lado, tiene una función básica de prueba del contrato y del derecho del acreedor pignoraticio. Requisito probatorio puesto que permite dar constancia de la existencia y contenido del hecho pignoraticio, mediante una forma escrita. Pero es algo más. No es un mero requisito de prueba de la prenda, puesto que en nuestro derecho los medios de prueba no están tasados, sino que es un requisito de oponibilidad sustancial de la prenda frente a tercero. Es decir, la exigencia de fecha cierta del contrato de prenda es una condición para que el acreedor pignoraticio pueda hacer prevalecer su titularidad contra tercero, sin que el legislador haya querido en este punto ampliar los medios para hacer oponible el derecho del acreedor.

Ciertamente se nos puede objetar en este punto, como la nueva ley Concursal de 2003, reconoce la preferencia del acreedor pignoraticio sobre el crédito pignorado y frente a otros acreedores del deudor pignorante simplemente con que conste la fecha fehaciente en un documento. No obstante, esta es una excepción que solo es aplicable a los casos del concurso, como hemos visto y reconoce la propia ley en su Exposición de Motivos, al señalar que en lo demás habrá que acudir a la normativa legal existente. De manera, que solo en los casos de concurso cabría para el acreedor pignoraticio la aplicación del artículo 1526 del Código Civil: fecha cierta en documento público o privado[36].

En este punto, podemos concluir por tanto que el requisito de fecha cierta en documento público, del 1865, exigido al acreedor pignoraticio le permite probar la realización del contrato conforme a las exigencias legales y además conservar su titularidad en caso de conflicto. En este punto, si se da un caso de conflicto con tercero, el cesionario solo podrá conservar su titularidad sobre el derecho de crédito si demuestra su adquisición presentando el documento con fecha cierta en el que se plasme el contrato.

Pero el requisito del 1865, en la prenda, tiene otra función básica, además de probar el contrato y hacer oponible el derecho. Esa función es la de ser condición necesaria para que el acreedor pignoraticio pueda ejercitar el privilegio del artículo 1922.2 en caso de conflicto con otros acreedores del pignorante. Por supuesto, estamos tratando de ejecuciones singulares y hemos de aplicar la normativa general, sin poder acudir a lo dispuesto en la Ley Concursal.

Otra utilidad importante de la fecha cierta para el acreedor pignoraticio es que le permite, en los casos de embargo del crédito pignorado, ejercitar una tercería de mejor derecho para defender su posición frente a otros acreedores del pignorante. La tercería de mejor derecho prosperará y permitirá al acreedor pignoraticio gozar de preferencia en el cobro frente al ejecutante si prueba que su derecho de prenda es anterior al embargo del crédito, lo que resultará del instrumento público donde conste la certeza de su fecha (art. 1865 del Código Civil)

La fecha, por último, también tiene una función importante puesto que permite solucionar los posibles conflictos entre sucesivos adquirentes o entre un

adquirente y un acreedor pignoraticio del crédito. Siempre ha de estarse a la fecha de cada una de las cesiones y dar prioridad a la primera que se haya realizado[37].

VI. PROBLEMAS DE CONCURSO

Hasta la publicación de la Ley Concursal de 2003, a la vez que se iba reconociendo la prenda de créditos como derecho real, se fue haciendo fuerte el reconocimiento al acreedor pignoraticio de un crédito privilegiado por su derecho real de prenda conforme señala el artículo 1922,2 y 1926 del Código Civil. Esto implicaba que la insolvencia por concurso o quiebra del pignorante asignaba al acreedor pignoraticio un derecho de abstención (arts. 900 CCom y 1917 del Código Civil) y un derecho de ejecución separada (arts. 1917 del Código Civil; 918 CCom y 1268 LECiv 1881. Así, puede verse en la STS de 14 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995, 8603); en contra, las SSTS de 27 de diciembre de 1985 *(RJ* 1985, 6654); 18 de julio de 1989 *(RJ* 1989, 5713) que deniegan la posibilidad de crédito privilegiado al acreedor pignoraticio por no ser un derecho real.

En 2003, la ley concursal incluyó el artículo 90.1.6. En la que expresamente señaló que son créditos privilegiados en el concurso: «Los créditos garantizados con prenda constituída en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados». En este precepto, el legislador reconoce por primera vez de manera expresa el carácter privilegiado del derecho de prenda del acreedor pignoraticio de un crédito siempre que conste la fecha fehaciente de la garantía. Esto implica, que el legislador concursal aplica a la prenda de créditos el requisito de eficacia frente a terceros del artículo 1526 para otorgar el privilegio concursal. No es necesario un documento público sino que basta un documento privado en el que conste la certeza de la fecha. En mi opinión, obviar el artículo 1865 y acudir al 1526 en este ámbito no tiene sentido lógico. El legislador ha estado muy poco cuidadoso en este punto[38].

Posteriormente, dado el gran desarrollo de la prenda de créditos futuros a lo largo de estos años, y su alusión en la ley, el legislador concursal volvió a reformar el artículo 90.1.6 con la finalidad de incluir también esta figura. Se hizo con la Ley 38/2011, de 10 de octubre en los siguientes términos: «La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración de concurso». La finalidad del legislador no se consiguió como se pretendía dado el grave error lingüístico que se produjo por la incorrección del lenguaje. El precepto habla de «prenda en garantía de créditos futuros» y no de «prenda de créditos futuros» por lo que en lugar de hacer referencia al objeto de la prenda se refiere a la obligación garantizada con la prenda. Sobre su interpretación se han dado distintas teorías[39].

En este punto, sobre el carácter de la reforma y las figuras incluidas y excluidas del artículo 90.1.6.º puede verse la RDGRN de 12 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 210678) que señala como: «*Operaciones de garantía no sujetas al ámbito de aplicación del artículo 90.1. 6.º LC. El precepto citado no se refiere a las cesiones de créditos a título de transferencia de dominio cualquiera que sea el negocio jurídico en que aquellas se insertan. Tampoco, a las cesiones de créditos con fines de garantía*

"comunes" u "ordinarias" (calificadas o no de "prenda de créditos") que no adoptan el vehículo instrumental de la prenda sin desplazamiento conforme a lo previsto en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. También quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto las "garantías financieras" a que se refiere el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo (que traspone la Directiva 2002/47/CE [LCEur 2002, 1769], reformada por la Directiva 2009/44/CE [LCEur 2009, 812]) y habida cuenta que su eficacia frente a terceros no requiere de fehaciencia alguna de la fecha del contrato, de instrumentación pública del mismo, ni tan siquiera de publicidad registral. Así resulta a sensu contrario*, con toda claridad, de lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto Ley citado: "los acuerdos de garantía financiera regulados en este capítulo deberán constar por escrito, sin que pueda exigirse ninguna formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutibilidad o admisibilidad como prueba" (cfr. también el art. 3.1 Directiva). Por lo demás, los bienes objeto de las "garantías financieras", ("efectivo" o "dinero abonado en cuenta en cualquier divisa"; los "valores negociables y otros instrumentos financieros" y tras la reforma reciente efectuada por Ley 7/2007 (RCL 2007, 768) y solo en ciertos casos, "los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito") no son susceptibles de prenda sin desplazamiento de créditos: cfr. artículo 54.3 LHMyPSD. Ni que decir tiene, en fin, que la constitución de garantías reales impuestas sobre valores anotados en cuenta o sobre títulos valores (letra de cambio, pagaré, conocimiento de embarque…) sigue la Ley tabular especial o la cartular de constitución para su oponibilidad a terceros y, en su caso, lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005 antes citado».* Respecto al inciso final del artículo 90.1.6 de la LC, sigue señalando la Resolución, en su fundamento Quinto*: «La dicción literal del artículo reformado no es precisamente feliz. Evidentemente, dado que en aquel se habla de prenda, hemos de excluir del ámbito de aplicación del precepto citado las garantías reales constituidas sobre inmuebles, buques, aeronaves, propiedad industrial e intelectual y, en general, las hipotecarias inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles cuya eficacia concursal —como "privilegio especial"— se regula en los artículos 90.1.1° y 90.2 LC. La eficacia concursal de la garantía real impuesta sobre los bienes muebles corporales y registrables bajo el vehículo de la prenda sin desplazamiento* ex *artículos 52 y sigs. LHMyPSD queda también sujeta a lo previsto en los artículos 90.1° y 90.2 LC. En todos estos casos, cuando se garantizan créditos futuros, nacidos que sean estos, la eficacia* erga omnes *se retrotrae a la fecha de la inscripción: artículo 142 Ley Hipotecaria». En consecuencia, el artículo 90.1.6.º* in fine *incluye como crédito privilegiado: «Créditos susceptibles de ser garantizados registralmente en los términos del inciso final del artículo 90.1.6° LC. Pueden garantizarse registralmente cualesquiera créditos. Por ejemplo: las prendas sin desplazamiento constituidas para garantizar las obligaciones de la entidad cedente frente a la de factoring en el caso de regreso en el* factoring *denominado "impropio". En particular, el precepto se aplica sin ningún género de dudas cuando se constituye la prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros: cfr. artículos 5 y sigs., y artículo 54 LHMyPSD; artículo 1825 del Código Civil por analogía; artículo 142.1 LH aplicable supletoriamente a la prenda sin desplazamiento ex disp. ad. tercera de la misma LHMyPSD, en relación con lo previsto en el artículo 90.1.6.º LC. Nacidos que sean los créditos garantizados, la eficacia e*rga omnes *de la prenda sin desplazamiento se retrotrae a la fecha de la inscripción: artículo 142. LH. A estos efectos, cabe reseñar que el que pueda constituirse una misma y única garantía (sobre créditos actuales o/y futuros) para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras es cuestión*

pacífica en la jurisprudencia: cfr. SSTS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1242); 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2273); 30 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8904); 26 de junio de 2009 (RJ 2009, 4239). En la práctica, no es inhabitual constituir garantías "globales" —llamadas "ómnibus" o, equívocamente, "flotantes"— a favor del banco con el que se relaciona el empresario o deudor y con el fin de asegurar todo tipo de deudas y saldos deudores que resulten de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la causa, que se establezcan por el deudor con dicha entidad de crédito. Bastará, como se dice ahora en la Ley Hipotecaria, que se especifique en el título de constitución una "descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas" (cfr. art. 153 bis LH). Por cierto que la constitución de dichas garantías como "prendas registrales de máximo" (frente a las llamadas "de seguridad") exige para su eficacia absoluta frente a terceros la fijación ex ante, *en el propio título constitutivo, de una cifra máxima de responsabilidad: cfr. artículo 153 bis LH y artículo 169.14.2 del Código Civil Cataluña. Vid., en este sentido la Sentencia JM-1 A Coruña de 18 de mayo de 2006; en la doctrina del TS y a propósito de la fianza en garantía de deudas futuras y de la necesidad de fijación de una cifra o importe máximo de responsabilidad vid. las SSTS de 23 de febrero de 2000; 18 de marzo de 2002; 26 de junio de 2009, por citar algunas. El requisito de la fijación de un máximo de responsabilidad deriva del principio general de especialidad en el ámbito registral y se justifica para permitir la constitución de segundas o ulteriores garantías sobre los mismos derechos pignorados —cuya preferencia vendrá determinada conforme a los criterios generales de prioridad registral—, lo que no sería posible si la garantía fuera ilimitada*».

En todo caso, puede afirmarse, a pesar de todo lo dicho, que el legislador no ha conseguido, con la reforma de 2011, incluir en la Ley Concursal la prenda de créditos futuros como figura que otorga al acreedor pignoraticio un crédito privilegiado. Es más, en ese momento, aún se discutía el tema de la rehabilitación de los créditos para obtener el privilegio, ya el que 90.1.6 LC señalaba que esas prendas solo serían oponibles y gozarían de privilegio si el crédito nace antes de la declaración del concurso o después pero si se procede a la rehabilitación (art. 68 LC) o se inscribe la prenda antes de la declaración del concurso. Hasta este momento, destacaba en la doctrina la denominada «tesis intermedida» sobre la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros[40] que se recogía en la STS de 22 de febrero de 2008 *(RJ* 3048): «*Las cesiones de créditos futuros (llamadas "cesiones anticipadas") exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, "que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1271 del Código Civil), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor". Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o "quasi traditio" específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión —según la opinión doctrinal que parece más fundada— "nacerá inmediatamente en cabeza del*

cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio". El deudor cedido (en nuestro caso, la Administración) podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas de su contrato bilateral con el cedente, y entre ellas la exceptio non adimpleti contractus, *en tanto que habrá que reconocer que la facultad de resolver, en los términos en que se configura en el artículo 1124 del Código Civil, corresponde al cesionario, aunque este extremo haya provocado fuertes dudas en la doctrina*».

Ante esta situación, y dado que un sector de la doctrina consideró que la reforma de 2011 había incluido el privilegio de la prenda de créditos futuros[41], de nuevo será la jurisprudencia quien determine cual es el privilegio del acreedor pignoraticio en estos casos, cuando hay insolvencia del deudor. La jurisprudencia, se había expresado sobre la cesión de créditos futuros en distintos momentos para aplicar los casos de resistencia del crédito futuro [SSTS de 6 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7863) o 25 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 1404), aunque no sobre la prenda].

Finalmente, a pesar del gran error legislativo, habrá una última reforma del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal en 2015, mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Conforme a esta última reforma se establece en el artículo 90.1.6.º: «*Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.*

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros solo gozarán de privilegio especial cuando concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de:

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.
b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.
c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106)».

La reforma de 2015 ha introducido la prenda de créditos futuros en este artículo, dotándola de preferencia y señalando los requisitos que debe reunir para su resistencia al concurso[42].

Respecto a la prenda de créditos futuros, tras la reforma de 2015[43], puede atenderse a lo expresado en STS de 18 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 993) y recogida nuevamente en la STS de 13 de junio de 2017 *(RJ* 2017, 2899). Esta última señala: «*En relación con la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros en general, en la Sentencia 186/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 993), declaramos que la solución a tal cuestión debía encontrarse en los dos primeros incisos del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) y en la mención genérica que esta hacía a la prenda de créditos.*

Conforme a estos incisos, "son créditos con privilegio especial: […] Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare

de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados". No es por tanto preciso acudir a una "interpretación correctora" del último inciso del artículo 90.1.6.º, que fue añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847 y 2133), que no se refiere a la prenda de créditos futuros, pues basta con aplicar los dos primeros incisos del precepto.

2. En esa Sentencia, a la que nos remitimos en extenso, tras recordar lo que habíamos declarado en las Sentencias 125/2008, de 22 de febrero (RJ 2008, 3048), y 650/2013, de 6 de noviembre (RJ 2013, 7863), con relación a la cesión de créditos futuros, afirmamos, en lo que aquí interesa, que los créditos garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso.

3. En la posterior Sentencia 180/2017, de 13 de marzo (RJ 2017, 981), abordamos la cuestión de la pignoración de los créditos consistente en devoluciones por parte de la AEAT y su resistencia al concurso. Declaramos en esta sentencia:

"[…] los créditos consistentes en las devoluciones de ingresos que pudiera acordar la AEAT solo pueden considerarse derivados de una relación jurídica preexistente a la declaración de concurso en los casos en que el hecho imponible del impuesto respecto del cual se haya acordado la devolución de ingresos se ha producido antes de la declaración de concurso. Este criterio concuerda con el establecido para la calificación como crédito concursal o crédito contra la masa de los créditos derivados de las facturas rectificativas del IVA en las Sentencias 701/2011, de 3 de octubre (RJ 2011, 6696), y 486/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 5202), entre otras".

4. La consecuencia de lo expuesto es que la prenda de los créditos a la devolución del IVA del ejercicio 2009, al derivar de una relación jurídica preexistente a la declaración de concurso, es resistente al concurso de UCASA, que fue declarado por Auto de 30 de abril de 2013, por más que la resolución del TEAR que estimó la impugnación del acuerdo administrativo que denegaba en parte dicha devolución hubiera sido dictada con posterioridad a la declaración de concurso».

De la reforma de 2015 y conforme a lo establecido por la jurisprudencia se puede afirmar que:

a) La prenda de créditos futuros, es admitida en el Derecho como lo es la cesión de créditos futuros. Si bien no son lo mismo.
b) La prenda de créditos futuros se consagra legalmente ahora en la Ley Concursal y es resistente al concurso.
c) La resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros depende de que esos derechos nazcan de contratos perfeccionados o relaciones constituídas con anterioridad a la declaración de concurso; y que la prenda esté constituída en documento público o esté inscrita.

No obstante esta resistencia al concurso, tiene unos límites[44]:

1. La acción rescisoria del artículo 71 LC si la constitución de la prenda o su alcance perjudican al concurso. En este sentido, señala la STS de 24 de junio de 2015*(RJ* 2015, 2769): «*las prendas de créditos futuros representados por las disponibilidades de los préstamos novados, como consecuencia de las ventas futuras de una promoción que se había terminado.*

Las prendas, según reconoce la recurrente fueron la contraprestación de las novaciones. Y así, en la cláusula financiera primera se establece: "La parte prestataria autoriza expresa e irrevocablemente a la Caja para realizar disposiciones de las cantidades disponibles en la cuenta especial número 2099.0173.93.0070006726 de la propia Caja, y por ende limitar dicha disposición, si la Caja considera incumplida cualquier obligación líquida o exigible que tengan contraída con esta como consecuencia de esta operación. A tal efecto, quedarán retenidos de forma expresa, pignorados y cedidos en prenda a la Caja, con las condiciones que se plasman en el anexo número 1 firmado con fecha veintiséis de noviembre de dos mil diez, el importe pendiente de disponer del préstamo, anteriormente indicado, así como el saldo de la mencionada cuenta especial del que la parte prestataria reitera la autorización irrevocable a la Caja para que disponga en cada momento, con el fin de que dicho importes se destinen al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo".

De su literalidad resulta que los créditos disponibles, a consecuencia de las futuras ventas, debían servir, en primer lugar, con carácter expreso y prioritario, para satisfacer las obligaciones dimanantes del préstamo novado, esto es, al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo.

En la STS 41/2015, de 17 de febrero, declaramos la procedencia de la rescisión de la prenda de gran parte (30%) del saldo de una cuenta en la que se abonó el importe de la operación financiera concertada con el Banco, en garantía de todos los intereses que devengaba la propia operación, impidiéndose al acreditado (el concursado) la disponibilidad de este importante porcentaje del principal de la operación. La prenda, señalábamos, configurada de este modo, era contraria al artículo 1258 del Código Civil, pues las partes se obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que "según su naturaleza" sean conformes a la buena fe. Es contrario a la naturaleza de la operación de crédito, que gran parte de su importe sirva para garantizar los intereses de la propia operación, alterando esencialmente el esquema de distribución de riesgos previsto en esta clase de operaciones. Cuestión distinta es que parte o toda la operación de que se trate, pueda estar asegurada con otras garantías, sean personales o reales de cualquier clase.

Los créditos futuros disponibles representados por el importe obtenido de las proyectadas ventas son un activo de la masa, que en méritos de la pignoración ha sido sustraído al resto de los acreedores que tenían o podían tener créditos vencidos, líquidos y exigibles, y, por tanto, las pignoraciones en la medida que suponen un trato de favor y altera, en beneficio del Banco, la par conditio creditorum, sí debemos declarar su rescisión y con ella todos los cargos o adeudos efectuados a favor del Banco, bien derivados de los préstamos hipotecarios novados, bien cualquier otra deuda contraída por la concursada con la demandada, por cualesquiera otras obligaciones, caso de haberse producido tales cargos o abonos con posterioridad a las pignoraciones».

2. Si se generan perjuicios para la masa cabría la resolución de la prenda conforme al artículo 62.2.II LC.

3. La prohibición de una sobregarantía que perjudique al deudor pignorando todos sus activos.

Todo lo dicho hasta ahora no es de aplicación a las garantías financieras, para las que existe un estatuto especial del concurso tal y como prevé el RDL 5/2005. Así se han manifestado la STS de 20 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6858): «*lo dispuesto en Real Decreto ley 5/2005 (RCL* 2005, 503), *que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito —según el apartado 3 de la disposición*

adicional segunda de la Ley 22/2003— y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002 (LCEur 2002, 1769), sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4, del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante». El artículo 15 del RDL prevé un régimen de ejecución separada en caso de concurso[45]

VII. CONCLUSIONES

I. La prenda de créditos es una garantía real mobiliaria.

II. La prenda de créditos puede constituirse sobre créditos presentes y sobre créditos futuros.

III. La prenda de créditos futuros exige la determinabilidad del objeto (art. 1273 del Código Civil). Esto implica que el crédito quede fijado conforme a la conexión con relaciones obligatorias preexistentes; que se identifique al deudor cedido; que se identifique la actividad que se realiza; o, que se fije un límite temporal.

IV. La notificación de la prenda de créditos es un requisito de oponibilidad de la prenda al deudor cedido que no puede asimilarse a la desposesión de la cosa pignorada del artículo 1863 del Código Civil.

V. La fecha cierta de la prenda de créditos cumple la misma función que la inscripción de la prenda de créditos prevista en el artículo 54 LHMPsD. Son requisitos de oponibilidad frente a los terceros.

VI. En la prenda de créditos, cuando no existe insolvencia del deudor, se aplica el artículo 1865 del Código Civil respecto a la fecha cierta: necesidad de que la fecha de la prenda conste en documento público. Si existe insolvencia, conforme al artículo 90.1.6. LC se aplica el artículo 1526 del Código Civil: fecha cierta en documento público o privado.

VII. El acreedor pignoraticio de un crédito tiene un crédito privilegiado y resistente al concurso conforme señala el artículo 90.1.6 LC. Lo mismo ocurre para los créditos futuros, tras la reforma de 2015, siempre que los créditos futuros nazcan de contratos o relaciones anteriores a la declaración de concurso, y la prenda se constituya en documento público o, si está sometida a la LHMPsD, se haya inscrito en el Registro.

VIII. Existen excepciones a la resistencia de la prenda en el concurso en los casos de aplicación del artículo 71 LC para la acción rescisoria; perjuicio para la masa; y sobregarantía del acreedor.

RESOLUCIONES CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo

- 28 de diciembre de 1935 *(RJ* 1935, 2485)
- 23 de junio de 1983 *(RJ* 1983, 3682)
- 27 de diciembre de 1985 *(RJ* 1985, 6654)
- 19 de septiembre de 1987 *(RJ* 1987, 6069)
- 18 de julio de 1989 *(RJ* 1989, 5713)

- 28 de noviembre de 1989 *(RJ* 1989, 7915)
- 14 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 997)
- 31 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 4055)
- 14 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995, 8603)
- 21 de febrero de 1997 *(RJ* 1997,1011)
- 19 de abril de 1997 *(RJ* 1997, 3429)
- 7 de octubre de 1997 *(RJ* 1997,7101)
- 25 de junio de 2001 *(RJ* 2001, 5080)
- 26 de septiembre de 2002 *(RJ* 2002, 7873)
- 27 de junio de 2003 *(RJ* 2003,4313)
- 10 de marzo de 2004 *(RJ* 2004, 1821)
- 20 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 3455)
- 23 de julio de 2007 *(RJ* 2007, 4698)
- 22 de febrero de 2008 *(RJ* 2008, 3048)
- 11 de marzo de 2008 *(RJ* 2008, 4044)
- 3 de febrero de 2009 *(RJ* 2009, 1360)
- 20 de junio de 2012 *(RJ* 2012, 6858)
- 6 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 7863)
- 25 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 1404)
- 24 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2769)
- 18 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 993)
- 13 de junio de 2017 *(RJ* 2017,2899)

- ST JIM de Alicante de 20 de julio de 2012

Resoluciones de la DGRN

- 14 de julio de 2001 *(RJ* 2002, 2391)
- 18 de marzo de 2008
- 12 de mayo de 2012 *(JUR* 2012, 210678) Instrucción

BIBLIOGRAFÍA

ARANDA RODRÍGUEZ, R. (1996). *La prenda de créditos,* Madrid, Pons.

— (2013). La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias,* Miquel González (dir.), La Ley, Madrid.

— (2013). Eficacia de la prenda de créditos frente a terceros. Problemas de oponibilidad en el Derecho español, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel González,* Díez-Picazo (dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur-Menor.

CARRASCO PERERA, A. (2006). Prólogo, en *La prenda de créditos,* García Vicente, Madrid.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J (2008). *Tratados de los derechos de garantía,* II, 2.ª ed., Navarra.

CARRASCO PERERA y TORRALBA MENDIOLA (2011). Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley,* 2 de noviembre de 2011 (La Ley 2011, 16759).

FELIÚ REY, M.I. (2012). La prenda en garantía de créditos futuros: un piélago pignoraticio, *Derecho de los negocios,* núm. 259.
FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2009). Dictamen sobre la eficacia de la nueva prenda sin desplazamiento de créditos del artículo 54.3 LHMPSD en relación con las diversas especies de garantías reales sobre créditos existentes en nuestro ordenamiento, Barcelona, 25 de junio de 2009. En línea. http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/09/PSDCREDITOS.pdf
GARCÍA VICENTE, J. R.(2006), *La prenda de créditos,* Madrid.
GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2013). Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias,* Miquel González (Dir.), La Ley, Madrid.
GAVIDIA (1993). La cesión de créditos, Tirant lo Blanch, Valencia.
GAYA SICILIA, La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido, ¿carga del cedente o del cesionario?, *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor D. Jose Luis Lacruz Berdejo,* I, Barcelona.
GREGORACI FERNÁNDEZ (2016). Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 25.
GULLÓN BALLESTEROS (1957). *Derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas*. Bosch, Barcelona.
HORMAECHEA ALONSO (2013). Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 373/2012 de 20 de junio de 2012 y núm. 388/2012 de 26 de junio de 2012, *Revista de derecho concursal y paraconcursal,* núm. 18.
MANZANARES SECADES (1988). Prenda de dinero y prenda de créditos, *ADC,* vol. IV.
MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2011). El nuevo artículo 90.1.6.º in fine de la Ley Concursal: Opciones interpretativas y el dilema de los acreedores, *El Notario del S. XXI,* noviembre-diciembre.
MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2016). Prenda de créditos, en *Tratado de Derecho civil. Las garantías, T.I.,* vol. I, dirig. Por Prats Albentosa, Wolter Kluwer-Consejo General del Notariado, 755.
PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Cesión de créditos, *ADC,* vol. IV.
PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ (2014). El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 20.
ROSENDE HONRUBIA (1927). La prenda de créditos, *RCDI*.
TARRAGONA FERNÁNDEZ, E. (2017). *Prenda de créditos futuros,*Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona.
VEIGA COPO (2017). Garantías, privilegios y valores razonables o menos razonables de las garantías en el concurso de acreedores, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 26.
ZUNZUNEGUI, F. (2006). Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005), en *Garantías reales mobiliarias en Europa,* coordinados por E. Lauroba/J. Marsal, Barcelona, Pons.

NOTAS

[1] Baste como ejemplo manifestar como la prenda de créditos a nivel concursal sufre 3 reformas desde 2004 a 2015; o, que se regula la prenda de garantías financieras en 2005 y sufre también una modificación importante en 2011.

[2] Concretamente en el artículo 90.1.6 de la Ley Concursal.

[3] Así, recientemente MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2016). Prenda de créditos, en *Tratado de Derecho civil. Las garantías, T.I.,* vol. I, dirig. Por Prats Albentosa, Wolter Kluwer-Consejo General del Notariado, 755.

[4] La reforma de esta Ley con la Ley 5/2007, introduce el artículo 54 en el que se reconoce la existencia de la prenda de derechos de créditos y su posible inscripción. Ello motivó la RDGRN de 18 de marzo de 2008 en la que se plantea la existencia de una nueva figura de prenda, la prenda de créditos sin desplazamiento posesorio.

[5] Concretamente podemos ver en contra la STS de 27 de diciembre de 1985 *(RJ* 1985, 6654) donde se niega el carácter real por la falta de requisitos del contrato de prenda; STS de 18 de julio de 1989 *(RJ* 1989, 5713) y 28 de noviembre de 1989 *(RJ* 1989, 7915) ambas niegan el carácter real con la misma argumentación que la STS de 1985 y deniegan el privilegio del artículo 1922,2.º del Código Civil al acreedor pignoraticio. No obstante, la gran mayoría admite el carácter real de la prenda de créditos, como las SSTS de 28 de diciembre de 1935 *(RJ* 1935, 2485) donde se habla de cesión de seguridad de unas certificaciones de obra y se considera al banco acreedor prendario; STS de 19 de septiembre de 1987 *(RJ* 1987, 6069) donde se considera la prenda de créditos como cesión limitada que otorga al acreedor pignoraticio un derecho real de prenda; STS de 31 de mayo de 1993 *(RJ* 1993, 4055) donde el tribunal parece dar por sentado que se trata de una verdadera prenda como derecho real y como contrato; STS de 14 de noviembre de 1995 *(RJ* 1995, 8603) el tribunal considera que existe una prenda; y, 21 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 1011) donde se admite la prenda.

[6] Es indudable que la particularidad de la prenda de créditos deriva de su objeto. Es una afirmación unánime en la doctrina y jurisprudencia.

[7] Ya la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, que en su apartado 1.3.º establece como requisito para la aplicación de la Disposición que «los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores». En igual sentido, el artículo 2.1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización, establece expresamente que podrán incorporarse a un fondo de titulización de activos aquellos activos de naturaleza homogénea tales como «los derechos de crédito que figuren en el activo del cedente» (art. 2.1.a), y «los derechos de crédito futuros que, constituyendo ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, su transmisión se formalice contractualmente, probando, de forma inequívoca, la cesión de la titularidad» (art. 2.1.b). Además de enumerar los créditos futuros susceptibles de titulización (véase el segundo párrafo del artículo 2.1.b del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo), se amplía el elenco de créditos futuros titulizables en el 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 (*vid.* art. 260.1) y en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*vid.* art. 99.2). La Orden EHA/3536/2005, de 10 de noviembre, de determinación de derechos de crédito futuros susceptibles de incorporación a Fondos de Titulización de activos y de habilitación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar reglas específicas en materia de contabilidad y obligaciones de información aplicables a los Fondos de Titulización de activos y sus sociedades gestoras (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 2005), delimita también mediante una rigurosa descripción los créditos futuros que, junto a los anteriores, pueden incorporarse a Fondos de titulización (véase la enumeración que realiza el propio artículo 2 de la referida Orden). Un análisis detallado puede verse en TARRRAGONA FERNÁNDEZ, E.: Prenda de créditos futuros, *cit*.

[8] Si bien, la doctrina había discutido el tema y como ha señalado TARRAGONA FERNÁNDEZ, E.: *La prenda de créditos futuros,* Tesis Doctoral, junio 2017, Universidad de Barcelona. Cuando nos encontramos ante un derecho futuro, la doctrina es prácticamente unánime en señalar que «el derecho de prenda no podrá adquirirse hasta que nazca el objeto sobre el que recae, pero su eficacia frente a terceros puede retrotraerse sin dificultad al tiempo del constitución de la prenda». De hecho, esta es la cuestión de fondo ante una prenda de créditos futuros, pues si bien la garantía no podrá ser plenamente eficaz hasta que nazca el crédito pignorado, una vez nacido este, los efectos de la prenda se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma. En caso contrario, carecería de interés la constitución de esta garantía.

[9] Artículo séptimo. Objeto de la garantía.

El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en:

a) Efectivo, entendiendo por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa.

b) Valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos».

[10] Un análisis detallado de este Reglamento puede verse en ZUNZUNEGUI, F., Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005), en *Garantías reales mobiliarias en Europa,* coordinados por E. Lauroba/J. Marsal, Barcelona, Pons, 2006, 415 y sigs.; *Vid.* También glosando las ventajas de esta regulación y su extensión a la prenda de créditos en general, CARRASCO PERERA, A (2006): Prólogo, en *La prenda de créditos, de* García Vicente, Madrid, 22-24.

[11] Esta disposición introdujo la nueva redacción del artículo 54,3.º LHMyPsD en los siguientes términos: «Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

[12] *Op. cit*.

[13] La referida ley se encuentra derogada por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y sus sociedades gestoras, si bien la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 (redactada según la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), sigue en vigor.

[14] *Vid.* apartado 1.3 de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999. Obsérvese, además, que al delimitar el objeto de cesión, se aceptan abiertamente tanto los créditos presentes como los futuros.

[15] *Vid.,* por todos, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J (2008)., *Tratados de los derechos de garantía,* II, 2.ª ed., Navarra., 880 y sigs.; GARCÍA VICENTE, J. R.(2006), *La prenda de créditos,* Madrid., 173 y sigs.

[16] *Op. cit*.

[17] Cabe, por tanto, la pignoración de créditos aún no nacidos pero que se derivan de contratos ya formalizados por las partes en una fecha concreta y que, por tanto, se pueden identificar (véase, por ejemplo, créditos que nacen de contratos de arrendamiento, de contratos de suministro, de contratos de ejecución de obra, etc. En definitiva, cualquier contrato que dé lugar a un derecho de crédito a favor de una de las partes). Téngase en cuenta, sin embargo, que en muchos casos la relación jurídica preexistente es imposible (piénsese en los flujos crediticios nacidos de peajes, de ventas de determinados productos, etc, en que es imposible identificar previamente al deudor del crédito o identificar propiamente la relación jurídica de la que nace el crédito). En estos supuestos habrá que acudir a los demás criterios de identificación de los créditos futuros.

[18] Cabe la pignoración de los créditos que el pignorante ostente o pueda ostentar en un futuro frente a un determinado deudor, con independencia de que se haya suscrito el contrato que da lugar al nacimiento de los mismos. Es habitual, en este sentido, la pignoración de créditos que el pignorante ostenta frente a un/os determinado/s cliente/s, de quien/es se obtiene/n los ingresos o flujos crediticios.

[19] Este criterio se utiliza habitualmente cuando el pignorante se dedica a diferentes ramas de actividad, por lo que puede pignorar todos los ingresos que reciba en un futuro de una de ellas, mediante la identificación de la propia actividad.

[20] Es habitual la pignoración de ingresos del pignorante de determinados periodos de facturación (por ejemplo, de un trimestre o de un año en concreto).

[21] Se trata de la pignoración de flujos crediticios a favor del pignorante hasta un importe concreto o estableciendo un porcentaje de facturación.

[22] No deben confundirse con las prendas ómnibus o flotantes que son prendas que aseguran obligaciones futuras y que están admitidas en nuestro ordenamiento.

[23] *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2009). Dictamen sobre la eficacia de la nueva prenda sin desplazamiento de créditos del artículo 54.3 LHMPSD en relación con las diversas especies de garantías reales sobre créditos existentes en nuestro ordenamiento, Barcelona, 25 de junio de 2009. En línea. http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/09/PSDCREDITOS.pdf. 35.

[24] *Vid.* GARCÍA VICENTE, J.R. (2006). *La prenda…*, *opus cit.*, 168.

[25] CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008), *opus cit.,* 882, indica que «es contrario a la buena fe e inmoral que el acreedor se haga ceder todos los créditos comerciales futuros del deudor contra terceros, en garantía de un crédito preexistente, y que el producto de estos créditos acabe ingresando en una cuenta indisponible para el cedente. Un pacto de esta clase acaba arruinando al deudor y hace imposible el ejercicio de su actividad económica. En otros términos, la decisión depende en cada caso de si el volumen de los bienes cedidos en garantía sobrepasa irrazonablemente el montante de la provisión con la que el acreedor pignoraticio ha prefinanciado al cedente».

[26] En este sentido, también MIQUEL RODRÍGUEZ, M. (2016): La prenda de créditos, *cit.,* 750 y 754, quien señala que la prenda de créditos sería una categoría general en la que se verían como especialidades la prenda de depósitos bancarios y la prenda irregular. Pero también, considera la prenda de créditos futuros como una variante de la prenda de créditos con un régimen jurídico lleno de incógnitas.

[27] Esta ha sido la postura mayoritaria en la doctrina española, por entender que la notificación o conocimiento de la cesión hace que el deudor reconozca al cesionario como su legítimo acreedor y se vincule con él. *Vid.* Con mayor detalle, ARANDA RODRÍGUEZ (1996), *La prenda de créditos,* Madrid, Pons, 158 y sigs.

[28] Es la postura que más se acerca a la posición del Derecho alemán. *Vid.* PANTALEÓN (1988), Cesión de créditos, *ADC,* vol. IV., 1065; GAYA SICILIA (1992): La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido, ¿carga del cedente o del cesionario?, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor D. Jose Luis Lacruz Berdejo, I,* Barcelona, 1992, 391; GAVIDIA (1993), La *cesión de créditos,* Valencia, 250; entre otros. Igualmente en la jurisprudencia, SSTS de 23 de junio de 1983 *(RJ* 1983, 3682); 14 de febrero de 1993 *(RJ* 1993, 997).

[29] Es la posición mayoritaria en la doctrina alemana, con base en el & 1280.

[30] Es la posición mayoritaria en la doctrina italiana.

[31] *Vid.* Por todos, ROSENDE HONRUBIA (1927). La prenda de créditos, *RCDI,* 660-661; GULLÓN BALLESTEROS (1957): *Derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas.* Bosch, Barcelona*,* 36-39; MANZANARES SECADES (1988): «Prenda de dinero y prenda de créditos», ADC, vol. IV, 1393 y 1400.

[32] *Vid.* ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual, en Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias, Miquel González (dir.), La Ley, Madrid, 55-59.

[33] Un análisis detallado de estos puntos, puede verse en ARANDA RODRÍGUEZ, R. (1996), *La prenda…*, *cit.,* 166 y sigs.; y, ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): La prenda de créditos…, *cit.,* 56-57.

[34] La prenda de créditos, como la cesión, no pueden suponer un traspaso posesorio porque el crédito no es posible, como hemos señalado anteriormente. De ahí que no sea totalmente correcto hablar de prenda de créditos con o sin desplazamiento posesorio. Toda prenda de créditos es sin desplazamiento de posesión. En igual sentido crítico, PANTALEÓN PRIETO.

[35] Señala así el artículo 54,3.º LHMPsD: «Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de

instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

[36] Sobre este punto vid punto siguiente del trabajo.

[37] *Vid.* todo lo dicho en ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): Eficacia de la prenda de créditos frente a terceros. Problema de oponibilidad en el Derecho español, *Estudios homenaje al Profesor José María Miquel González,* Díez-Picazo (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 355 y sigs.

[38] Frente a esta postura, existe otro sector para el que el legislador ha establecido aquí una excepción a la normativa general de la prenda, solo para el concurso, y estaría avalado por el artículo 90.2 LC. Para una visión más detallado *vid.* ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): La prenda…, *cit.,* 364-365, ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): Eficacia de la prenda de créditos frente a terceros. Problema de oponibilidad en el Derecho español *cit.,* 356 y sigs.

[39] Sobre este tema se ha escrito mucho en la doctrina, vid por todos, CARRASCO PERERA y TORRALBA MENDIOLA (2011). Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley,* 2 de noviembre de 2011(La Ley 16759/2011); MIQUEL GONZÁLEZ/GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2011): El nuevo artículo 90.1.6.º in fine de la Ley Concursal: Opciones interpretativas y el dilema de los acreedores, *El notario del s. XXI,* noviembre-diciembre, 26 y sigs. Buscando una posición integradora sobre la intepretación del 90.1.6 in fine, FELIÚ REY, M. (2012): La prenda en garantía de créditos futuros: un piélago pignoraticio, *Derecho de los negocios,* núm. 259, abril, 12 y sigs.

[40] Como sabemos, la no inclusión de la prenda de créditos futuros en el 90.1.6.º había motivado un desarrollo jurisrprudencial importante y se habían elaborado tres teorías diferentes: la teoría estricta, la intermedia y la de la inmunidad absoluta, como se pueden ver e la ST 210/2012, de 20 de julio del Juzgado Mercantil núm. 1 de Alicante.

[41] Sobre la imposibilidad de dar esta interpretación al 90.1.6.º in fine y sus consecuencias ilógicas, puede verse PANTALEÓN/GREGORACI (2014): El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 20, 11 y sigs.

[42] Sobre esta decisión puede verse GREGORACI FERNÁNDEZ (2016): Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 25.

[43] Sobre el alcance de la reforma en el concepto y valoración de las garantías reales, puede verse VEIGA COPO (2017): «Garantías privilegios y valores razonables o menos razonables de las garantías en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 26.

[44] GREGORACI FERNÁNDEZ (2016): *Op. cit.,* 8.

[45] Puede verse a este respecto, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2013): Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias,* Miquel González (Dir.) La Ley, Madrid, 86 y sigs.; HORMAECHEA ALONSO (2013): Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 373/2012 de 20 de junio de 2012 y núm. 388/2012 de 26 de junio de 2012, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal,* núm. 18.

1.4. Sucesiones

Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad

A review from the doctrine and jurisprudence of the make a will of people with the capacity judicially modified and with disabilities

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

Abogado del ICAB

*DEA. Doctorando del Programa EEES de Derecho y CCSS UNED**

RESUMEN: El Ordenamiento jurídico adopta una pluralidad de fórmulas destinadas a favorecer que la libertad positiva de testar, la autonomía, pueda materializarse para que una persona decida de una manera consciente y libre el destino que quiere dar a su patrimonio. Por tanto, cuanto mayor sea la libertad de testar (libertad negativa) más exigente se deberá ser con su libertad para testar (libertad positiva). En estas líneas, dedicadas a la testamentifacción, dos principios *pro capacitate* y *favor testamenti*, garantizan que la presunción de capacidad solo se puede desvirtuar mediante la prueba inequívoca e indudable de su carencia.

ABSTRACT: The legal system adopts a plurality of formulas designed to strengthen the positive freedom of testing, autonomy, can materialize for a person to decide in a conscious and free way the destiny he wants to give to his heritage. Therefore, the greater the freedom of testing (negative freedom) the more demanding you should be with your freedom to test (positive freedom). In these lines, dedicated to «testamentifacción», two principles pro capacitate and favor testamenti, guarantee that the presumption of capacity can only be distorted by the unequivocal and undoubted proof of its lack.

PALABRAS CLAVE: Libertad de testar. Testamentifacción. Discapacidad. Capacidad de obrar modificada.

KEY WORDS: Freedom to test. Make a will. Disability. Ability to work modified.

---

* Agradezco al Catedrático de Derecho civil, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, su magisterio. Y a la Profesora Titular de Derecho civil del Departamento de Derecho civil, M.ª Fernanda MORETÓN SANZ, su inestimable ayuda y colaboración en esta trayectoria investigadora.

SUMARIO: I. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA: 1. Cuestiones preliminares sobre la testamentifacción y el juicio notarial de capacidad. 2. Discapacidad, capacidad, ancianidad. 3. Las posibles interpretaciones del artículo 665 del Código Civil. 4. El Derecho foral y la capacidad de testar: su adecuación a la Convención de Nueva York.—II. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA O SENSORIAL.—III. LA REPRESENTACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCIÓN.—IV. CONCLUSIONES. —V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

1. Cuestiones preliminares sobre la testamentifacción y el juicio notarial de capacidad

En materia de testamentifacción, nos fundamos en dos postulados conexos y, al tiempo, preliminares para su recta intelección institucional: el principio *pro capacitate* y el de *favor testamenti*. Consecuentemente, la presunción de capacidad solo podrá desvirtuarse mediante la prueba inequívoca e indudable de su carencia[1]. En suma, el *onus probandi* recaerá sobre quien «sostiene la existencia de dicha incapacidad»[2].

Por su parte, sabido es que el artículo 662 del Código Civil dispone: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente»; el artículo 663: «Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio»[3]. En este sentido y según la STS número 234/2016, de 8 de abril, FD 3.º 3, «para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos «*ex tunc*» de la sentencia de incapacitación (…)[4].

En cuanto al Notario, en su caso, corresponde la comprobación de la capacidad del testador[5], como así resulta del artículo 685.1 *in fine* del Código Civil: «También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»[6]; con menos rigor el artículo 696 *in fine* del Código Civil: «También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Y con respecto al testamento cerrado el artículo 707.4ª del Código Civil dispone: «Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento […] dando fe […] de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que el juicio de capacidad que realiza el Notario goza de una fuerte presunción *iuris tantum*.

En su virtud, la STS número 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, declaraba que «el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción «*iuris de iure*», sino «*iuris tantum*», que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el

momento histórico de llevar a cabo tal acto». La STS número 1208/2007, de 21 de noviembre, FD 2.º, califica la aseveración notarial de «enérgica presunción *iuris tantum*». Esta doctrina de la Sala ha sido reiterada por la reciente STS número 20/2015, de 22 de enero, FD 5.º, cuando sostiene que «la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre». El Notario, al no ser un psiquiatra, puede errar en este juicio de capacidad. Claro está, por tanto, que este juicio de capacidad podrá ser destruido mediante prueba en contrario. Únicamente se trata de un *plus* sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad de la que goza toda persona.

Si el Notario no hace constar el juicio de capacidad en el testamento[7], este será nulo por defecto de forma, así resulta del artículo 687 del Código Civil: «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo», pudiendo el Notario, en caso de incumplimiento, incurrir en responsabilidad, no otra cosa es lo que resulta del artículo 705 del Código Civil: «Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables». Lo mismo en el artículo 715 del Código Civil para el testamento cerrado[8].

De todos modos, la jurisprudencia es flexible en cuanto a las formalidades en aras del principio *favor testamenti*, así la STS número 140/2013, de 20 de marzo, FD 2.º.6, afirma lo siguiente: «En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren "el consentimiento libremente prestado por la testadora" y que "el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa", expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren "de otro modo" al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello»[9].

El artículo 685.2 del Código Civil, refiriéndose a dos tipos de testamentos comunes nuncupativos, dispone que en los casos de los artículos 700 (testamento en inminente peligro de muerte) y 701 (testamento en caso de epidemia) «los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

«El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido» (art. 664 del Código Civil)[10].

Se requiere la capacidad natural de entender y querer[11] —elementos intelectual y volitivo—. Como dice DE ALFONSO, «el testador precisa saber qué es un testamento y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, rememorar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y personas, siguiendo

finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla. Estos son los momentos que son de apreciar en la testamentifacción activa, que, la mayor parte, son previos y otros, coetáneos al propio acto de testar… En cada uno de ellos interviene en una u otra forma la capacidad intelectiva y la volitiva, o el *entender* y el *querer*»[12].

Y como afirma VERDERA IZQUIERDO tienen cabida supuestos que no constituyen una enfermedad declarada pero privan del cabal juicio como por ejemplo, la persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol o las drogas[13]. Así, según la STS número 1063/2007, de 4 de octubre, FD 11.º, «la situación de no encontrase en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 del Código Civil, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982)»[14].

2. Discapacidad, capacidad, ancianidad

Como elementos preliminares sobre la discapacidad[15], hemos de tener presente hechos acreditados como el incremento de la esperanza de vida y el progresivo envejecimiento de la población[16].

Las anteriores evidencias implican, no de forma simétrica pero sí como una de sus consecuencias, el incremento del número de personas que pueden presentar deficiencias físico-sensoriales (que impiden exteriorizar la voluntad)[17] —no simple falta de salud física[18]— y/o psíquicas (en sus facultades de entender y querer), que inciden en su capacidad[19], en su autogobierno[20] (y consiguientemente en la eficacia de los testamentos otorgados[21]) y que las hace vulnerables[22].

Por tanto, el Ordenamiento jurídico debe salvaguardar sus derechos como persona, sus derechos fundamentales[23], porque tan contrario a los mismos (dignidad y libre desarrollo de la personalidad) es impedirles algo que pueden hacer[24] como permitirles algo que no pueden[25]. En suma el difícil equilibrio entre autonomía y protección, y entre autonomía y seguridad, este último con la mirada puesta en los terceros que se relacionan con la persona vulnerable[26]. Evitar la ley del péndulo, tan arraigada entre nosotros[27]. Por ello acierta el Derecho catalán cuando vincula la capacidad de obrar a la capacidad natural[28], concepto, este último, que el Código Civil común ignora pero que permite reconocer ámbitos de capacidad incluso para personas sujetas a tutela.

Lo que es cierto es que, tal como sostiene Stefano RODOTÀ, estamos pasando de la sociedad del «bienestar» a la sociedad del «cuidado»[29], y a ello deberá adaptarse el Ordenamiento jurídico.

Tanto desde el notariado[30] como desde la judicatura[31] se advierte que no se puede equiparar ancianidad e incapacidad, lo que no quita que ante un testamento muy complejo se pueda considerar que el testador anciano carece de testamentifacción activa[32]. En este sentido, LACRUZ afirmaba que no basta con que el que dispone tenga capacidad «sino capacidad suficiente de querer y entender sus disposiciones». Este es el significado que LACRUZ da al término «cabal»[33]. Por

otro lado, nada obsta para que la falta de capacidad para entender y querer las disposiciones pueda concurrir en una persona no necesariamente anciana. Un testamento puede ser muy simple o muy complejo[34]. La capacidad para testar no será la misma en uno y otro caso. La capacidad que se precise será la suficiente para otorgar ese testamento concreto.

La realidad de las personas ancianas ha llevado a plantear que así como existe una edad antes de la cual no se posee plena capacidad, no sería descabellado fijar una edad a partir de la cual se pudiera presumir que esta capacidad ha declinado[35]. En cualquier caso es una cuestión delicada y con implicaciones constitucionales al afectar a la discriminación por razón de edad.

La redacción originaria del artículo 665 del Código Civil establecía que «siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando estos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos»[36].

3. Las posibles interpretaciones del artículo 665 del Código Civil

El problema aparece con la nueva y desafortunada redacción del artículo 665 del Código Civil[37] que reza así: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad»[38].

Vista la nueva redacción del artículo 665 del Código Civil cabe plantearse distintas posibilidades:

1. Que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento sobre la capacidad para testar. Este es el supuesto al que se refiere el artículo 665 del Código Civil. Se nombran dos facultativos que lo reconozcan y si responden de su capacidad podrá otorgar testamento[39]. Aun interviniendo los facultativos que respondan de su capacidad nos encontraremos ante una presunción *iuris tantum*[40] que ha sido criticada[41]. El testamento deberá ser el testamento abierto notarial. Quedan excluidos el testamento ológrafo y el testamento cerrado. Con respecto a este último decir que el Notario únicamente podrá apreciar la capacidad del testador en el momento de extender el acta de otorgamiento y no la capacidad en el momento de la redacción.
2. Que la sentencia contenga pronunciamiento favorable a la capacidad para testar. En este caso podrá otorgar todo tipo de testamento y, por lo que se refiere al notarial abierto bastará con el juicio notarial sobre su capacidad, como con cualquier otro testador. Pero si el testador en el momento de otorgar el testamento no se halla en su cabal juicio, de nada servirá el pronunciamiento favorable, ello de conformidad con el artículo 666 del Código Civil. Se es incapaz para testar no tanto porque uno se encuentre incapacitado sino porque en el momento de otorgar el testamento carece de capacidad natural, cosa que aprecia el Notario.
3. Que la sentencia se pronuncie desfavorablemente a la capacidad para testar. En principio, aunque se encontrara en un intervalo lúcido[42] no podría otorgar testamento. Ahora bien, este pronunciamiento desfavorable contradiría el artículo 666 del Código Civil que dice que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». ALBALADEJO señala que «la sentencia no pudo quitar la capa-

cidad de testar; y si es que al testar no estaba en su cabal juicio el testador, no hacía falta que la sentencia le quitase la capacidad para tal caso, ni los médicos podrían responder de su capacidad»[43]. Efectivamente, ninguna sentencia puede privar de la capacidad natural. Negar la posibilidad de que el incapacitado para testar pueda testar en intervalos lúcidos produciría una discordancia entre los artículos 663 y 665 del Código Civil. Una cosa es la capacidad de obrar y otra es la capacidad de querer y entender que es la capacidad natural, a la que se refiere el artículo 663 2.º del Código Civil[44]. Por otra parte, la privación de la capacidad de testar no es una medida que pueda proteger al testador —no olvidemos que la finalidad de la incapacitación es la protección del incapacitado— ya que el testamento produce sus efectos una vez ha fallecido, por lo que si al incapacitado que se encuentra en un intervalo lúcido se le priva de un derecho reconocido constitucionalmente (art. 33 CE), no se puede argumentar que se hace para protegerle[45], no dejando de «ser llamativo que en aras de la protección del incapacitado se le pueda prohibir disponer para después de su muerte y en cambio se le permita contraer matrimonio o reconocer un hijo extramatrimonial, cuando estos dos actos tienen mucha mayor incidencia en la vida personal del incapacitado y en su patrimonio que el de otorgar testamento»[46]. No obstante, gran parte de la doctrina[47] considera, sobre la base del texto del artículo 665 del Código Civil, que puede existir un pronunciamiento por el que se prive de la facultad de testar, aun cuando se halle en intervalo lúcido[48], lo que atentaría contra la autonomía del testador y sus derechos fundamentales[49], toda vez que como asevera CAFFARENA LAPORTA «los llamados actos personalísimos, en el sentido de actos que únicamente pueden ser llevados a cabo por el sujeto a cuya esfera jurídica se refieren y en los que no hay juego para la representación, han sido actos en los que tradicionalmente se ha admitido en nuestro Derecho que los incapacitados los realizaran en intervalos lúcidos si bien observando determinadas cautelas»[50], si bien el TS en su Sentencia número 322/2011, de 5 de mayo, FD 2.º, afirma que la presunción de capacidad se puede destruir «por sentencia en la incapacitación o si se prueba la falta de capacidad mental». En cambio, en la número 394/1995, de 26 de abril el TS en su FD 1.º decía que «toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera voluntad de elección», nos encontraríamos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, cabe la prueba en contrario. A juicio de GUILARTE MARTÍN-CALERO, «entre tanto se produzca la reforma que adecúe los postulados de la Convención a la capacidad de testar, sería deseable una interpretación restrictiva en el sentido de limitar el pronunciamiento judicial al reconocimiento de la facultad de testar en forma notarial y sometiendo, en todo caso, su otorgamiento a las cautelas del artículo 665 del Código Civil y al juicio notarial de capacidad del testador en el momento del otorgamiento […] solución más respetuosa con la persona protegida y más acorde con la tradición jurídica de exigir la mera capacidad natural para aquellos actos de la vida civil que no admiten representación por otro»[51]. En la práctica, en la jurisprudencia menor se entra en la capacidad testamentaria de los incapacitados, privándoles, en muchas ocasiones, de dicha capacidad con independencia de que en algún momento pudieran encontrarse en un intervalo lúcido[52]. Ante pronunciamientos judiciales que extienden la incapacitación a todo tipo de actos y negocios jurídicos patrimoniales, la Notaria ESPIÑEIRA SOTO considera que «el ventanal "de la posibilidad de testar" debe, en definitiva y a

nuestro juicio, permanecer abierto, sin que pueda cerrarlo una genérica apreciación judicial que impida al incapacitado la realización de todo tipo de actos jurídicos patrimoniales»[53].

4. El derecho foral y la capacidad de testar: su adecuación a la Convención de Nueva York

Por lo que se refiere a los Derechos territoriales o forales, según el artículo 408.1 del Código de Derecho foral de Aragón: «Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural»; en Navarra, la Ley 184 del Fuero Nuevo priva de la capacidad de testar a: 1) «los impúberes», 2) «los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto del testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Código Civil» (se entiende la remisión hecha a la redacción originaria del artículo 665); por su parte, el artículo 184.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 exige la presencia de testigos cuando «el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir».

En cuanto a Cataluña, el artículo 421-3 CCCat proclama la presunción de capacidad al afirmar: «pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo» y el artículo 421-4 dispone no pueden testar «los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento», y consecuentemente el artículo 421-9.2 preceptúa que «si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo», y si el testador no está incapacitado judicialmente «el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si precede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo» (art. 421-9.1 CCCat).

Una vez más vemos que el principio de igualdad se tambalea: la suerte de la persona con discapacidad a la hora de testar será diferente según el territorio.

Queda claro que los Derechos territoriales o forales se encuentran en sintonía con la Convención de Nueva York: la capacidad para testar únicamente se denegará en el caso de que en el momento del otorgamiento falte la capacidad natural[54], inicialmente no se le niega la capacidad a nadie.

Entiende GUILARTE MARTÍN-CALERO que la solución consistiría en modificar el artículo 665 del Código Civil en el sentido de que si el testador estuviere incapacitado fuera preceptiva la intervención de dos facultativos que certificasen que el testador, en el momento de otorgar el testamento, tiene suficiente capacidad para hacerlo, y, si no estuviere incapacitado la intervención de los facultativos se produciría solo si el Notario lo considerara oportuno[55]. En resumidas cuentas, es la respuesta del Derecho catalán, se tendría que permitir el testamento del incapacitado en intervalo lúcido para así preservar sus derechos fundamentales.

Si queremos adecuar el Código Civil a los postulados de la Convención —que en el artículo 12.5 menciona el derecho de las personas con discapacidad «a ser propietarias y heredar bienes», lo que comprende el derecho de otorgar testamento— tendremos que hacerlo de manera que únicamente queden excluidos de la testamentifacción los menores de catorce años[56] y los que en el momento

del otorgamiento carezcan de capacidad natural[57]. Es decir, cualquier juicio o pronunciamiento sobre la capacidad deberá realizarse en el momento del otorgamiento, no con antelación, no *a priori*.

También es evidente que ciertas personas, para los actos personalísimos, en concreto para la testamentifacción, necesitan apoyos que no podrán consistir en la complementación o representación en la prestación del consentimiento —en la testamentifacción con las excepciones de las sustituciones pupilar y ejemplar— (aunque tanto el tutor como el curador podrán prestar apoyo en el proceso de formación de la voluntad para el caso de que el testador posea capacidad natural) o en la asistencia (dado que el Código Civil, hoy por hoy, no la contempla). No obstante, qué mejor apoyo que el que puede prestar el Notario a través del testamento notarial abierto[58]. El Notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio[59]— para las personas discapacitadas y vulnerables[60] en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención[61].

El TS, que en su Sentencia 436/1998, de 12 de mayo[62], FD 2.º.2, lleva a cabo una antología jurisprudencial acerca de la capacidad para testar y el juicio notarial de capacidad[63], declara:

«En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la Sentencia de 27 de enero de 1998: *a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad*: 1) *la edad senil del testador, "pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrépito y achacoso…", ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción "*iuris tantum*" que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario "evidente y completa" (Sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3*

de febrero de 1951), "muy cumplida y convincente" (Sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), "de fuerza inequívoca" (Sentencias de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 de marzo de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre "cumplidamente" en vía judicial su incapacidad, destruyendo la "enérgica presunción iuris tantum" *(Sentencias de 23 de marzo de 1894; 22 de enero de 1913; 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario* (Sentencia de 23 de marzo de 1944); g) *restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 de abril de 1916* y 16 de noviembre de 1918)— *pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 de junio de 1908)*».

II. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA O SENSORIAL

En otra situación se encuentran las personas que padezcan determinadas deficiencias o discapacidades físicas o sensoriales y a las que el Ordenamiento jurídico veda determinadas formas testamentarias. Así la persona ciega o que no sabe o no puede leer no podrá otorgar testamento cerrado (arts. 708 del Código Civil y 421-14.5 CCCat)[64], tampoco podrán otorgar testamento cerrado los que no puedan expresarse verbalmente y no sepan o no puedan escribir (art. 709 del Código Civil *a contrario*); no podrá otorgar testamento ológrafo el que no sepa o no pueda escribir (cfr. arts. 688 y 691 del Código Civil)[65].

El artículo 695 del Código Civil dispone: «El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario…»[66], por tanto, no podrán otorgar testamento notarial abierto quienes no sepan o no puedan hablar ni escribir. Aunque veremos que la jurisprudencia hace una interpretación lo suficientemente amplia como para hacer efectiva la voluntad del testador.

Un destacado y reconocido sector doctrinal, encabezado por las Profesoras TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, considera están excluidos del anterior supuesto quienes se comunican por la lengua de signos o mediante sistemas como el Braille. Sistema este último integrado por la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas[67].

Concretamente, en relación con el sistema Braille, en nuestro Derecho no cabe otorgar testamento ológrafo mediante estos caracteres, ante la imposibilidad de acreditar al día de hoy su autoría. Mayores posibilidades tiene el testamento

cerrado por cuanto el Braille no deja de ser un medio «mecánico» (cfr. art. 706.2 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 2 de la Convención de Nueva York dispone que la «comunicación» «incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso», medios todos ellos que sirven para romper barreras que afectan a las personas con alguna discapacidad, ampliando los canales de exteriorización de su voluntad. Nada justifica prescindir de estas herramientas en la testamentifacción.

Pues bien, pionero en la admisión del Braille en Derecho sucesorio ha sido el Código Civil peruano, a raíz de la reforma operada por la Ley 29973, de 13 de diciembre de 2012, general de la persona con discapacidad, modificando los preceptos relativos a las formalidades de los testamentos ológrafo (art. 707) y cerrado (art. 699). El artículo 707 «remite a la regulación del testamento cerrado, respecto a las formalidades a cumplir, para lo cual solo se exige que la persona con discapacidad visual tenga habilidad para saber firmar de forma manuscrita cada uno de los pliegos del documento y la impresión de su huella dactilar, como vía para su identificación ulterior, dado lo imposible que ello sería solo con la utilización del sistema de lectoescritura braille», por eso la adveración únicamente se lleva a cabo sobre la firma y la huella dactilar. «Un nuevo horizonte, quizás diminuto, pero una brecha al fin por la que se puede dar oxígeno a la autonomía privada, en su dimensión del derecho a testar y a escoger el tipo de testamento más conveniente en cada momento, con independencia de que se trate de una persona con discapacidad visual o no»[68].

El CCCat en su artículo 421-8 dispone que «si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquier otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». A tal efecto, según el artículo 193.4 RN «si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no supiere o no pudiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario».

Sin dejar el Derecho catalán, cabe mencionar que la DA 2.ª del Libro IV CCCat establece que «cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

Como hemos apuntado, el TS muestra una gran flexibilidad. Con esta flexibilidad se pronuncia en su Sentencia de 30 de noviembre de 1991[69], FD 3.º: «es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental»; y en su Sentencia número 1128/2004, de 24 de no-

viembre[70], FD 1.º, en un supuesto en el que la base de la pretensión se encuentra en el hecho de que en el momento de otorgar el hipotético testamento el testador «"no podía hablar ni escribir", y que manifestó su conformidad al Notario mediante gestos, "le dijo que parara con la mano y volviera a leerlo. Que asentía a lo que el declarante iba leyendo"». En el FD 2.º llega a decir que «aun partiendo de la base inexcusable que el testamento es un acto personalísimo, que no puede dejarse a un arbitrio de un tercero, ni a través de comisario o mandatario. Sin embargo, ello no puede confundirse con una interdicción total y absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución, por lo que con ello no puede haber vulneración del artículo 670 del Código Civil. Es más, doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de los preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo —la expresión directa de voluntad del testador al Notario— no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera»[71].

Esta interpretación amplia de los requisitos que se exigen en los testamentos otorgados por personas que sufren determinadas discapacidades físicas va en la línea de los principios y finalidades de la Convención de Nueva York[72]. Únicamente quedarían excluidos de la testamentifacción los que tienen una absoluta imposibilidad de exteriorizar su voluntad.

Abundando en esta primacía de la voluntad del testador, y a propósito de los dos testigos instrumentales que deberán concurrir cuando el testador sea ciego (art. 697 2.º del Código Civil)[73], la STS número 789/2009, de 11 de diciembre[74] ante un testamento en el que consta lo que sigue: «Leído el presente testamento en voz alta por mí, el Notario, al testador, advertido del derecho a hacerlo por sí, del que no usó, manifiesta quedar enterado de su contenido y de estar conforme con su última voluntad por lo que firma», y ante el hecho de que el testamento no contó con la presencia de testigos y el testador había perdido un ojo durante la guerra civil y en el otro presentaba una catarata que le produjo una pérdida progresiva de la vista —por lo que se discutía si en el momento del otorgamiento de su último testamento tenía o no totalmente anulada la visión— en su FD 8.2.º a fin de salvaguardar la voluntad del testador y del principio *favor testamenti* dice: «no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda»[75]. Es la forma la que permite prescindir de formalidades: «La forma del testamento como garantía del testador respecto de la exactitud y permanencia de la voluntad»[76], esto es lo que importa, la exactitud y permanencia de la voluntad del testador.

En el mismo sentido la STS número 622/2016, de 19 de octubre[77] en su FD 2.2 ha reiterado que «conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, resulta de aplicación el principio de favor *testamenti*. En este sentido, en la Sentencia número 435/2015, de 10 de septiembre, se resaltaba que conforme a este principio de *favor testamenti,* constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas

que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada».

III. LA REPRESENTACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCIÓN

Una de las nociones tradicionales sobre los actos personalísmos, es que para su eficacia basta con la capacidad natural y, en todo caso, no cabe la representación. Esto se encuentra reflejado, en la Convención en su artículo 23, por lo que se refiere al acto personalísimo de contraer matrimonio, en el hecho de no poderse denegar de antemano la capacidad, debiéndose atender a la capacidad existente en el momento de realizar dicho acto[78]. Por otro lado, se admite la representación para ejercitar la acción de disolución por divorcio como así dejó patente la STS (de Pleno) número 625/2011, de 21 de septiembre[79] FD 8.º, al decir que «los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma […] La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal»[80]. Con anterioridad la STC 311/2000, de 18 de diciembre (*BOE* núm. 14, de 16 de enero de 2001) había permitido al tutor ejercitar la acción de separación.

Entre los actos personalísimos nos encontramos con el testamento. Tal como dispone el artículo 670 del Código Civil: «El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente».

Por ser el testamento un acto personalísimo sorprende enormemente la STS número 600/2015, de 4 de noviembre cuando en su FD 4.º. 4, respecto de una persona a la que se le reconoce una minusvalía del 65% por retraso mental, sostiene: «en lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales…), completando su discapacidad pero sin anular su autonomía personal»[81]. Capítulo propio merece el manejo de armas.

En la testamentifacción activa no cabe que el curador complete la capacidad del sujeto a curatela, del mismo modo que el tutor no puede testar por el tutelado. Ahora bien, si distinguimos entre el proceso de formación de la voluntad y el consentimiento no cabe duda de que tanto el tutor como el curador pueden tener una intervención decisiva en dicho proceso de formación de la voluntad para impedir que un vicio anule el consentimiento, siendo esta una manifestación del necesario apoyo proclamado por la Convención de Nueva York con respecto de personas que aun habiendo sido objeto de alguna medida restrictiva de su capacidad siempre podrán testar si en el momento del otorgamiento gozan de capacidad natural. Para el caso de que la persona no se encuentre sujeta a

tutela ni a curatela, por no haber sido objeto de una medida restrictiva, pero que se encuentre en situación de vulnerabilidad como puede ser la vejez o el retraso mental leve, sería conveniente introducir una figura con cierto parecido al asistente del Derecho catalán con el fin también apoyarle en el proceso de formación de la voluntad, con ello se completaría la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York por lo que a la testamentifacción activa se refiere.

IV. CONCLUSIONES

Resulta preceptivo compatibilizar el respeto a los derechos fundamentales (dignidad y libre desarrollo de la personalidad) con la necesaria protección que estas personas con discapacidad requieren y merecen. Este reconocimiento ha sido ratificado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

En el caso del fedatario público, ha de subrayarse que si incluso el juicio clínico de experto en neuropsiquiatría es falible, con razón de más puede errar el Notario en este juicio de capacidad. Con todo, para el Derecho la capacidad se presume, si bien este juicio de capacidad podrá ser destruido mediante prueba en contrario. Es un *plus* sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad humana.

Los Derechos territoriales o forales se encuentran en sintonía con la Convención de Nueva York: la capacidad para testar únicamente se denegará en el caso de que en el momento del otorgamiento falte la capacidad natural, inicialmente no niega capacidad a nadie.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones,* 9.ª ed., Edisofer, Madrid.

ALEGRET BURGUÉS, M.ª E. (2016). La protección de las personas vulnerables desde el punto de vista judicial (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 45 a 54.

ARNAU RAVENTÓS, L. (2012). Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011, *CCJC*, núm. 89, mayo-agosto, 413 a 436.

ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1973). *Estudios de Derecho notarial*, ed. Montecorvo, Madrid.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. (1966), Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, *RDP*, 245 a 265.

CAFFARENA LAPORTA, J. (2002). La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, Thomson Civitas, 321 a 345.

CALCEDO ORDÓÑEZ, A. (2014). La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento, *El notario del siglo XXI*, núm. 58, noviembre-diciembre.

CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P. (2016). Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título La protección de las personas vulnerables, en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 55 a 61.

CASTÁN TOBEÑAS, J. (1946). *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus.

DE ALFONSO OLIVÉ, J.M.ª (1973). Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 3, 125 a 162.

ESPIÑEIRA SOTO, I. (2015). ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio), 285 a 287.

GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2014). Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 479 a 504.

GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1976). *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona.

GOMÁ LANZÓN, I. (2006). El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI,* núm. 8, julio-agosto.

GÓMEZ GARZÁS, J. (2007). El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (dir.), Tecnos, 216 a 233.

GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C., y DÍAZ ALABART, S. (2014). La capacidad testamentaria de los incapacitados, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 429 a 446.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 615 a 634.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, T V. *Sucesiones*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid.

MARIÑO PARDO, F.M. (2017). La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2016). La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 19 a 25.

MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009). Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi: BIB 2009\7710).

MAYNAR BARNOLAS, M. (1948). *El testamento es un absurdo*, Reus.

MORETÓN SANZ, M.ª F. (2006). Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, 247 a 272.

— (2010). Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti, RCDI,* 720, 1848 a 1864.

— (2015). Sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados, *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, 84 a 103.
PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *RDP*, núm. 100, núm. 4, julio-agosto 2016, 3 a 40.
PÉREZ GALLARDO, L.B. (2017). Testamentos ológrafo y cerrado en Braille en el Derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual, *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2017, 3 a 29.
RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, 211 a 296.
ROCA TRÍAS, E. (1993). Comentario al artículo 665, en *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, 947 a 954.
ROMERO COLOMA, A.M.ª (2012). Intervalos lúcidos y testamento, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 55, parte Tribuna Abierta: BIB 2013\14812.
TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
VARELA AUTRÁN, B. (2009). La tutela ante la Convención, *Escritura Pública*, núm. 60, 68 y 69.
VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, 1635 a 1660.
VICENTE MARTÍNEZ, M.Á. (1992). Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, *RJCLM*, núm. 15, 59 a 99.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 9 de octubre de 2002
- STC, de 18 de diciembre de 2000
- STS, de 19 de octubre de 2016
- STS, de 8 de abril de 2016
- STS, de 4 de noviembre de 2015
- STS, de 20 de octubre de 2015
- STS, de 10 de septiembre de 2015
- STS, de 22 de enero de 2015
- STS, de 20 de marzo de 2013
- STS, de 21 de septiembre de 2011
- STS, de 5 de marzo de 2011
- STS, de 11 de diciembre de 2009
- STS, de 21 de noviembre de 2007
- STS, de 4 de octubre de 2007
- STS, de 24 de noviembre de 2004

- STS, de 14 de julio de 2004
- STS, de 16 de septiembre de 1999
- STS, de 19 de septiembre de 1998
- STS, de 12 de mayo de 1998
- STS, de 27 de enero de 1998
- STS, de 26 de abril de 1995
- STS, de 30 de noviembre de 1991
- STS, de 13 de octubre de 1990
- STS, de 20 de febrero de 1975
- STS, de 2 de junio de 1959
- SAP de Castellón (Sección 1.ª), de 19 de junio de 2002
- RDGRN, de 23 de diciembre de 2016

NOTAS

[1] La DF 1.ª de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un «Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». Aunque esta terminología ya ha sido adoptada por la Leyes 20/2011 y 15/2015, del Registro Civil y de Jurisdicción Voluntaria, respectivamente. En puridad, la capacidad no se modifica puesto que es la que es en cada caso. El Juez no modifica la capacidad, sino que «debe buscar la "capacidad residual" para preservar ámbitos de autonomía» (*vid.* PEREÑA VICENTE, Montserrat, Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *RDP,* núm. 100, núm. 4, julio-agosto 2016, 7 y sigs.).

[2] STS de 13 de octubre de 1990, FD 3.º.

[3] «El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (Sentencia de 22 de junio de 1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada» (STS núm. 848/1998, de 19 de septiembre, FD 1.º).

[4] Y sigue la resolución citada, «(…) De ahí que la sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador. Conclusión que infiere no de la existencia de una previa o coetánea declaración de incapacidad judicial del testador, sino, como se ha señalado, de la propia valoración conjunta de la prueba practicada. Por lo demás, y ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de *favor testamenti* y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, y 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015)».

[5] Comprobación o juicio de capacidad que entraña una considerable dificultad cuando se trata de personas que se encuentran en una situación límite.

[6] Redactado por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dando un carácter más imperativo a la labor del Notario —sustituyendo «procurarán» por «deberá»— puesto que la anterior redacción disponía que «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

[7] El artículo 167 RN dispone: «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

[8] El Notario emite un juicio, no una declaración de verdad. «El Tribunal Supremo ha declarado que la fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea» (ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Estudios de Derecho notarial*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, 76). Se trata de una obligación de medios, y «siendo la actividad diligente el único objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles» (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, 297).

[9] El Auto de 18 de febrero de 2015 que declara nula esta Sentencia establece que no resulta afectada la doctrina jurisprudencial contenida en sus Fundamentos de derecho.

[10] *Factum legitime retractari non debet, licet causa postea eveniat, a quo non potuit incohari* (Lo hecho legítimamente no debe ser anulado, aunque posteriormente se dé una circunstancia bajo la cual aquel hecho no podría haber sido realizado) BONIFACIO VIII, *Liber sextus* 5, 13, 73. D. 50,17,85,1.

[11] «La ley permite testar a los mayores de catorce años, por lo que parecería que admite para testar una capacidad diferente de la del hombre maduro. Ello puede ser también un elemento de juicio a la hora de valorar la capacidad de una persona anciana» (GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto 2006: 1). La capacidad exigida al testador «es menor a la exigida para otro tipo de actos o negocios jurídicos, ya que en Derecho español se permite testar a los mayores de catorce años» (ALEGRET BURGUÉS, María Eugenia, «La protección de las personas vulnerables desde el punto de vista judicial» (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 51). Sin perjuicio de que la edad de catorce años para testar sea considerada muy discutible puesto que a esa edad es fácil que los niños pueden ser influidos (*vid.* LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, 2013, 44).

[12] DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús María, Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 3/1973, 130 y sigs.

[13] *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, 2014, 1648.

[14] Magistrado ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

[15] Cabe afirmar que no todas las personas con discapacidad tienen o deben tener su capacidad modificada judicialmente —en la medida en que puedan gobernarse por sí mismos—, del mismo modo que todas las personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente son discapaces. La terminología de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 gira en torno a los términos «discapacidad» y «personas con discapacidad», que, en principio, los utilizaremos en relación con las personas sobre cuya situación no ha recaído ninguna resolución judicial (se trata, a lo sumo, de una simple situación administrativa). Como destaca la Profesora MORETÓN SANZ, la discapacidad es un concepto funcional que responde a lo que el sujeto puede llevar a cabo o no, y ello entraña un noción dinámica en continua adaptación a los cambios culturales y técnicos (*vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, 249). Aunque no falta quien, como VARELA AUTRÁN, considera que la «situación jurídica que deriva de una actuación estatal por la que, imperativamente y en el grado que sea, se priva a una persona de esa capacidad jurídica de gobernarse por sí misma… parece resultar inaceptable a la luz de la convención» (VARELA AUTRÁN, Benigno, La tutela ante la Convención, *Escritura Pública*, núm. 60, 2009, 69.

[16] No solo por la disminución de nacimientos sino también por la prolongación de la última etapa de la vida. Ello hace que los mayores cada vez sean más proporcionalmente y en números absolutos. En España a 1 de enero de 2016 había 2.792.614 personas de más de 80 años, habiéndose producido durante 2015 un saldo vegetativo de -2.753 personas (*vid.* http://www.ine.es/prensa/np980.pdf).

[17] La STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º, trata de una persona que presenta «una tetralgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados

de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona», destacando que «que las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre […] no puede expresarse por medio de la palabra por un problema motriz por la misma causa que no puede llevar a cabo la escritura», por lo cual la «incapacidad lo es por causa del estado físico del recurrente que en el sentir de la Sala «a quo» le impide gobernarse por sí mismo, sin que en ningún momento resulte controvertido que aquel conserva completamente sus capacidades mentales tanto cognitivas como volitivas».

[18] *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est* (El testador, en el momento de otorgar testamento, tiene que estar mentalmente sano, pero no se le exige su salud corporal) LABEÓN en D. 28, 1, 2.

[19] «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del Código Civil).

[20] «Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado)» (STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º).

[21] «Las impugnaciones de testamento constituyen hoy un fenómeno en alza que presumiblemente se incrementará en las próximas generaciones. Dicho fenómeno está ligado principalmente a factores demográficos, médicos, económicos y sociales. Demográficos, a cuenta de los cambios hacia una sociedad envejecida y con mayores expectativas de vida, médicos, por la alta prevalencia de demencia que propicia el envejecimiento, económicos, porque la tenencia de bienes sigue estando, la mayoría de las veces, en las personas mayores, y sociales, motivados por la complejidad creciente de las familias actuales con sus nuevos modelos de convivencia» (CALCEDO ORDÓÑEZ, Alfredo, La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento, *El notario del siglo XXI*, núm. 58, noviembre-diciembre 2014, 2).

[22] El RD 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su Exposición de Motivos afirma que «Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal…».

[23] Ya no importa tanto la seguridad del tráfico como la persona en sí.

[24] «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» [STC núm. 174/2002, de 9 de octubre (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002) FJ 5.º].

[25] «Implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, Sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial» (STS núm. 738/1999, de 16 de septiembre, FD 2.º).

[26] *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica, (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 19.

[27] «La moda de ver a todo el mundo capaz resulta social y jurídicamente tan peligrosa como su contraria de entender que las gentes mayores están de sobra en las actividades económicas, ambas opiniones son infundadas y socialmente muy peligrosas» (RAMS ALBESA, Joaquín, Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 264, nt. 48).

[28] El artículo 211-3 CCCat dispone que: «1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código».

[29] *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 481, nt. 2.

[30] En el bien entendido de que no se puede equiparar vejez a senilidad ni anciano a incapaz: «es insuficiente para establecer la incapacidad la simple edad senil —que no es lo mismo que la demencia senil—, los padecimientos físicos, la enfermedad neurasténica o las extravagancias, el hecho de recibir tratamiento psiquiátrico por depresión, ansiedad o fobias, si no son estas muy agudas; que sí son motivos en cambio para determinar la incapacidad las psicosis, la esquizofrenia, la demencia senil, la arteriosclerosis aguda o el mal de Alzheimer» (GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *cit.*, 1), lo que no quita que las circunstancias que rodean a las personas mayores puedan condicionar la conformación de su voluntad. Aunque hay que dejar sentada una cosa: «los ancianos lúcidos y también los no impedidos, que son los más, pese al pensamiento dominante en la materia, tienen un derecho fundamental, así lo entiendo, a no ser tratados como niños por sus propios hijos o familiares» (RAMS ALBESA, Joaquín, Hombre y persona…, *cit.*, 259).

[31] «Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrépito y achacoso …, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918)» (STS núm. 54/1998, de 27 de enero, FD 2.º).

[32] La STS núm. 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, asevera que «el Notario deberá asegurarse de la capacidad […] y que, necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido».

[33] LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T V. *Sucesiones*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, 2009, 161.

[34] Ni que decir tiene que el Notario tendrá que llevar a cabo una lectura explicativa, en términos comprensibles, y repetirla cuantas veces sea necesario (*vid.* CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro, Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 57).

[35] «Tal como tenemos una edad mínima a partir de la cual se considera que la persona dispone de plena capacidad de obrar, si no se establece lo contrario, también sería conveniente concretar una edad límite máxima para realizar determinados actos con trascendencia jurídica, como podría ser un testamento, edad a partir de la cual (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) se requiriese un determinado examen neurológico» (VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada…, *cit.*, 1637). O, como propone GÓMEZ GARZÁS, un «protocolo de actuación en el ámbito notarial ante situaciones previ-

sibles —como es el deterioro cognitivo de los enfermos de Alzheimer— que garantizase la no instrumentalización de las personas mayores en el tráfico jurídico» (GÓMEZ GARZÁS, Jesús, El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (dir.), Tecnos, 2007, 221).

[36] *Furiosus tempore intermissi furoris testamentum facere potest* (El loco puede hacer testamento cuando su locura se interrumpe por un periodo de tiempo) I. 2,12,1.

[37] Nueva redacción dada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

[38] Nótese que la anterior redacción hacía referencia únicamente al «demente» lo que hacía que solo tuvieran cabida en el supuesto de hecho las enfermedades mentales. Ahora el supuesto se refiere al «incapacitado».

[39] Entendemos que en cualquier caso en que el Notario albergue dudas acerca de la capacidad del testador deberá acudir al reconocimiento del mismo por los facultativos a fin de eludir las responsabilidades previstas en el artículo 705 del Código Civil. Aunque no se menciona la especialidad de los facultativos, lo lógico es que se trate médicos especializados en psiquiatría. ¿Cabe que en vez de dos facultativos sean tres a fin de dirimir una falta de acuerdo? Por lo que se refiere a las incapacidades de los facultativos cabe la aplicación analógica del artículo 681 del Código Civil que contempla las incapacidades para ser testigo en testamento (*vid.* ROMERO COLOMA, Aurelia María, Intervalos lúcidos y testamento, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 55/2012, parte Tribuna Abierta: BIB 2013\14812: 3 y sigs.).

[40] La necesidad de una prueba cumplida y convincente (STS de 26 de abril de 1995), inequívoca y concluyente (SSTS de 20 de noviembre de 1975 y 27 de noviembre de 1995) para destruir la presunción de capacidad [*vid.* SAP de Castellón (Sección 1.ª) núm. 209/2002, de 19 de junio, FD 2.º] fue llevada al extremo por la STS de 20 de febrero de 1975 (ROJ 77/1975) considerando quinto, cuando dice que «la casi seguridad que los médicos aseveran en el concreto caso de autos, no tiene, a juicio de la Sala, la fuerza inequívoca exigida por la doctrina legal, si no se complementa con el resultado de otras pruebas que la corroboren y reafirmen».

[41] *Vid.* STS de 2 de junio de 1959, Considerando único. Aunque BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS considera que sería más acorde con este procedimiento para garantizar la lucidez del testador que la presunción fuera *iuris et de iure* (*vid.* BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, *RDP*, 1966, 254).

[42] El intervalo lúcido es una situación transitoria que no debe ser confundida con la curación de la enfermedad mental que la persona padezca. Según BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS es «aquel estado en el cual un enfermo mental recobra, transitoria y plenamente, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien sea por el empleo de un tratamiento médico adecuado» (Ibídem, 253).

[43] ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones,* 9.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, 221, nt. 4.

[44] *Vid.* GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, La capacidad testamentaria de los incapacitados, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 437.

[45] *Vid.* GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, ibídem, 442 y sigs.

[46] GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, ibídem, 444.

[47] ROCA TRÍAS entiende que si la Sentencia niega expresamente la capacidad de testar «no será posible que el incapacitado utilice el sistema previsto en el artículo 665 del Código Civil y que, o bien será posible recurrir al sistema de la sustitución ejemplar, o bien el incapacitado deberá necesariamente regir su sucesión por las reglas de la intestada, o bien, finalmente, seguirá en vigor, sin posibilidad de revocación, el testamento otorgado antes de la incapacitación» (ROCA TRÍAS, Encarna, Comentario al artículo 665, en *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, 950).

[48] *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 627; *vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 67.

[49] «Creemos, incluso, que privar de este posible ejercicio del derecho de testar al demente en uno de sus posibles intervalos lúcidos, atentaría y vulneraría sus derechos constitucionales reconocidos por el artículo 14 de la Constitución, en cuanto de discriminatorio pueda considerarse para el mismo; y admitir la posibilidad de la testamentifacción del loco o demente en un intervalo lúcido, con carácter general, al inhibirse el Juez de pronunciarse sobre la misma, en nada perjudicaría los derechos de posibles terceros, porque, en principio, existe el informe preceptivo de los dos facultativos» (VICENTE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, *RJCLM*, núm. 15, agosto 1992, 79).

[50] CAFFARENA LAPORTA, Jorge, La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, Thomson Civitas, 2002, 336 y sigs.

[51] GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar…, *cit.*, 628. Conviene recordar que el artículo 167 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 dice que «el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

[52] *Vid.* GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, La capacidad testamentaria de los incapacitados, *cit.*, 438 y sigs.

[53] ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), 287.

[54] El Notario Ignacio GOMÁ refiere un test proporcionado por un facultativo en un testamento por él autorizado y que por su brevedad puede ser utilizado en supuestos dudosos, se trata del «test denominado Short Portable Mental Status Questionnaire (SPSMQ), diseñado por PFEIFFER en 1975 y tuvo la amabilidad de proporcionármelo. He aquí las preguntas que componen este test:

1. ¿Qué día es hoy? (día, mes y año).
2. ¿Qué día de la semana es hoy?
3. ¿Cómo se llama este lugar o edificio (¿en qué sitio estamos?)
4. ¿Cuál es su número de teléfono? O ¿cuál es su dirección? (Si no tiene teléfono).
5. ¿Cuántos años tiene?
6. ¿En qué fecha nació usted? (día, mes y año).
7. ¿Quién es el presidente del gobierno?
8. ¿Quién fue el presidente anterior?
9. ¿Cómo se llama su madre?
10. Contar de 20 hacia abajo restando de 3 en 3 (total seis contestaciones seis y la última es «2»).

Es necesario hacer las preguntas en el orden señalado y recoger todas las respuestas. Las respuestas solo pueden ser correctas o incorrectas. En aquellas con varios datos, todos deben ser correctos para considerar correcta la respuesta.

La interpretación es la siguiente: 0-2 errores: NORMAL; 3-4 errores: DETERIORO INTELECTUAL LEVE; 5-7 errores: DETERIORO MODERADO; 8-10 errores: DETERIORO GRAVE. Para las personas con un nivel de graduado escolar o inferior, se puede permitir un error más y si tiene nivel educativo superior, un error menos. Parece que, a los efectos de capacidad testamentaria, podría ser admisible un deterioro leve» (GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *cit.*, 2).

[55] *Vid.* GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar…, *cit.,* 632.

[56] Nuestro Código Civil es uno de los que fija una edad menor, así el Código Civil francés (art. 903) y el § 2229 BGB exigen tener 16 años (para el ológrafo el § 2247 BGB exige la mayoría de edad); el Código Civil portugués (art. 2189) exige la emancipación, que no podrá ser antes de los 16 años; el Código Civil italiano (art. 591) exige la mayoría de edad. No se pone el límite de una edad máxima.

[57] Esto nos permite afirmar que la redacción originaria del artículo 665 del Código Civil era la adecuada.

[58] Así, la STS 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, dice que «ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aun el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad». La intervención notarial dota al testamento de una serie de garantías, propias del notariado latino —y que no ofrece el notariado sajón—, como así resulta del artículo 2 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 que considera a los Notarios profesionales del Derecho y funcionarios públicos: «como profesionales del Derecho los Notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar; como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

[59] El prestigio del Notariado español —y por extensión de todo el Notariado latino— queda patente en estas palabras del Maestro CASTÁN: «el Notario moderno es el heredero más directo del jurista romano» (CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, 1946, 143). Mucho antes el mismo CASTÁN, en la STS de 29 de diciembre de 1927 (*Boletín Jurídico-Administrativo* (Alcubilla), Anuario de 1929, 842 a 844) —de la cual fue ponente—, en su considerando tercero, ya había dicho que «el Notario no solo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el Consejo prudente de los individuos y de las familias». También quien fuera decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, MAYNAR BARNOLAS: «los Notarios actuales tampoco son lo que fueron antes; de leguleyos se hicieron jurisperitos y trocaron su egoísmo por el dinero —que ya no necesitan, porque se sienten bien retribuidos— en noble orgullo por su reputación, como sustituyeron la pluma de ave por la estilográfica» (MAYNAR BARNOLAS, Manuel, *El testamento es un absurdo*, Reus, 1948, 102). Y resaltando su papel en lo que hoy se denomina seguridad jurídica preventiva, Joaquín COSTA ya dijo que a notaría abierta, juzgado cerrado (*vid.* GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona, 1976, 67).

[60] El artículo 17 bis a) de la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862, dispone que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes», texto que reproduce el artículo 145.1 RN.

[61] En los sistemas anglosajones se ha llegado a proponer la importación de la figura del Notariado latino para así garantizar mejor el respeto a la voluntad del testador (*vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar…*, *cit.,* 88 y sigs.).

[62] Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

[63] Citada por GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar…, *cit.,* 630 y sigs.

[64] El testamento del ciego siempre debe ser abierto puesto que no puede firmar un documento que no ve.

[65] *Vid.*, MORETÓN SANZ Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*, *RCDI,* 720.

[66] «El Notario es el único destinatario de esta declaración de voluntad. No se requiere simultaneidad ni formalidad, sino que basta la comunicación de la voluntad del testador al Notario, en uno o varios actos, conjuntos o separados, simultáneos o sucesivos», aunque, como veremos, «el testador puede expresar su voluntad por medio de persona interpuesta; en este caso, deberá el Notario cerciorarse de que la redacción dada al testamento corresponde a la voluntad del testador, lo que se conseguirá con la ratificación por el testador del texto redactado» (MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil,* Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, 2009: BIB 2009\7710).

[67] *Vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar…*, *cit.,* 72, nt. 103.

[68] *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Testamentos ológrafo y cerrado en Braille en el Derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual, *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2017, 29 y sigs.

[69] Magistrado ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz.

[70] Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

[71] Una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1999 (*BVerfG*NJW, 1999, 1853) declaró inconstitucional no establecer medidas que hagan posible que las personas que no pueden hablar ni escribir otorguen testamento. Esta sentencia dio lugar a la modificación de los §§ 2232 y 2233 BGB de modo que según el nuevo texto —en vigor desde agosto de 2002— el testador que no es capaz de hablar pueda manifestar su voluntad al Notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador (*vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar…*, *cit.,* 78, nt. 111).

[72] La STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º, en un supuesto en el que no se trata directamente de la testamentifacción, nos refiere el caso de un tetrapléjico total que puede mover ligeramente la cabeza y los ojos, es decir, dispone de un medio de comunicación precario, pero dispone. Dice así: «Mostrándole la cuartilla plastificada al Sr. Mauricio, la enfermera dice a Don Mauricio si quiere decir algo, y puntea cada una de las letras lentamente con un bolígrafo eligiendo Don Mauricio la letra elegida haciendo un movimiento afirmativo moviendo ligeramente la cabeza y los ojos de arriba a abajo; a continuación la enfermera apunta en una libreta cual es la letra elegida, y vuelve a puntear las letras hasta que Don Mauricio elige la siguiente, vuelve a apuntar y así sucesivamente hasta que se completa lo que el Sr. Mauricio quiere decir; en este caso la frase formada es «hoy es jueves»». Pues bien, entendemos que esta persona podría testar.

[73] Según el artículo 697 del Código Civil, será necesaria la intervención testifical, además de si lo reclaman el Notario o el otorgante, cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, y cuando, aunque puede firmarlo, sea ciego y declare que no puede o no sabe leer. Aunque como acertadamente señala MARIÑO PARDO, «los testigos no controlan aspecto alguno de la legalidad del acto, ni deben apreciar la capacidad del otorgante o testador, ni añaden nada al valor probatorio de la fe pública notarial, funciones todas ellas reservadas en exclusiva al notario, como funcionario público que autoriza el acto conforme a las leyes […] La intervención testifical en los documentos notariales, aun en los supuestos residuales en que está prevista en la actualidad […] supone una falta de apreciación de la fe pública notarial […], no aporta ninguna ventaja efectiva a los otorgantes, causándoles reales inconvenientes». Entre estos inconvenientes: la molestia que supone encontrar los testigos, la publicidad que se da a un acto reservado, la imposibilidad de otorgamiento cuando en casos de urgencia no sea posible obtener a tiempo la intervención de los mismos, etc. (MARIÑO PARDO, Francisco Manuel, La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio de 2017). En resumidas cuentas: la exigencia de testigos instrumentales, aun en los escasos supuestos en los que procede, es un obstáculo a la libertad para testar.

[74] Magistrada ponente: Excma. Sra. Encarnación ROCA TRÍAS.

[75] *Vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, El testamento de la persona con discapacidad visual.

[76] *Vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, ibídem.

[77] Magistrado ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier ORDUÑA MORENO. La Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, en su DF 1.ª modificó el artículo 56 del Código Civil (en vigor a partir 30 de junio de 2017) extendiendo la exigencia del dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento para contraer matrimonio cuando «alguno de los contrayentes estuviere afectado por «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», mientras la redacción anterior se limitaba a las «deficiencias o anomalías psíquicas». La DGRN en su Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 aclaró dicho precepto diciendo que «debe interpretarse siempre de manera estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aún proporcionando los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo». Pues bien, la Ley 4/2017, de 28 de junio, modifica el apartado Nueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por la que se modificó el artículo 56 del Código Civil, dando una nueva redacción al citado precepto, que entrará en vigor el 30 de junio de 2018 y que queda así: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

[79] Magistrada ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS.

[80] *Vid.* ARNAU RAVENTÓS, Lidia, Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011, *CCJC*, núm. 89, mayo-agosto de 2012, 413 y sigs.

[81] Esta incomprensible referencia a la intervención del curador completando la capacidad en los actos de disposición *mortis causa* ya apareció en la STS núm. 557/2015, de 20 de octubre, Fallo 2.

1.5. Obligaciones y contratos

Consecuencias de la evaluación de solvencia del prestatario

Consequences of the assessment of creditworthiness of the borrower

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO* **

Doctora en Derecho. Profesora Adjunta de Derecho Civil
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

RESUMEN: En este trabajo se trata de analizar las consecuencias de uno de los pilares en los que se basa el principio del crédito responsable: la previa evaluación de solvencia del prestatario. En los últimos años, nuestros Tribunales han puesto de manifiesto prácticas de concesión irresponsable de préstamos. La Unión Europea y el legislador español han tratado de ponerle freno a esta situación con distintas normas obligando al prestamista a evaluar la solvencia del prestatario con carácter previo a la concesión del crédito. Sin embargo, ante el incumplimiento de esta obligación o ante la concesión de créditos pese a obtenerse un resultado negativo en la evaluación de solvencia, nuestras normas no contemplan sanciones civiles concretas, remitiéndose a sanciones administrativas. En este trabajo se examina la regulación existente al respecto y se apuntan propuestas y consecuencias en el marco de los efectos del contrato.

ABSTRACT: In this paper it's analyzed the consequences of one of the bases of the responsible credit principle: the previous assessment of creditworthiness of the borrower. In recent years, our courts have shown practices of irresponsible granting of loans. The European Union and the Spanish legislator have tried to curb this situation with different rules by forcing the lender to assess the solvency of the borrower prior to the granting of the credit. However, in the case of non-compliance with this obligation or in the case of granting of credits despite a negative result in the solvency assessment, our regulation do not include specific civil penalties, referring to administrative sanctions. This paper examines the regulation on the subject and points out proposals and consequences in the context of the effects of the contract.

---

* Trabajo realizado al amparo del proyecto de investigación: «Reformando las Tenencias de la Vivienda: El acceso a través del alquiler, la propiedad y su tributación», con referencia DER2014-55033-C3-1-P, dentro del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento, Ministerio de Economía y Competitividad; siendo investigador principal el Prof. Dr. D. Sergio NASARRE AZNAR.

** Tras la entrega de este trabajo para su publicación se aprobó el proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOCG de 17 de noviembre de 2017). De cara a la publicación de este trabajo, en el momento de su revisión, con ánimo de completar lo en él indicado, se hacen diversas referencias a ese proyecto de Ley en notas al pie.

PALABRAS CLAVE: Evaluación de solvencia. Préstamo responsable. Consumidor. Prestatario. Directiva 2014/17/UE.

KEY WORDS: Assessment of creditworthiness. Responsible lending. Consumer. Borrower. Directive 2014/17/EU.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO.—III. EVALUACIÓN INCORRECTA O MAL REALIZADA.—IV. EVALUACIÓN POSITIVA.—V. EVALUACIÓN NEGATIVA.—VI. POSIBLES CONSECUENCIAS DE *LEGE FERENDA* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—VII. CONCLUSIONES.— ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Constantemente nuestros tribunales han venido poniendo de manifiesto en los últimos años numerosos casos de concesiones de créditos o préstamos por entidades de crédito de forma irresponsable a personas con pocas probabilidades de afrontar su devolución, fundamentalmente en el marco de préstamos hipotecarios. Casos que han derivado en ejecuciones de viviendas habituales, mantenimiento de deudas pendientes con pocas posibilidades de pago y situaciones sociales dramáticas, que han llevado a dictarse normas *ad hoc* para tratar de apoyar al deudor hipotecario, especialmente el que se encontraba en situación más cercana a la exclusión social (así, Real Decreto ley 6/2012, de 9 de marzo, y Real Decreto ley 27/2012, de 15 de noviembre, ambos con medidas urgentes para la protección de los deudores hipotecarios, el Código de Buenas Prácticas bancarias, acogido en el primero de estos Reales Decretos, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social). Y también supuestos de los que se han hecho eco los medios, plataformas cívicas e incluso han llegado al TJUE por medio de cuestiones prejudiciales, por sospechas de abusividad (y que en muchos casos así se declararon): swaps, preferentes, cláusulas suelo, intereses,… Así, entre muchas resoluciones cabe citar: SSTS de 9 de mayo de 2013, de 20 de enero de 2014, de 7 de julio de 2014, de 25 de marzo de 2015, de 17 de abril de 2015, de 15 de septiembre de 2015, de 30 de diciembre de 2015, de 13 de julio de 2016, de 3 de julio de 2016, de 30 de julio de 2016, de 24 de octubre de 2016, de 13 de enero de 2017, de 20 de abril de 2017, de 4 de mayo de 2017, de 11 de mayo de 2017, de 14 de junio de 2017, de 4 de julio de 2017 y de 20 de julio de 2017 y la STJUE de 21 de diciembre de 2016.

Toda esta situación evidencia la importancia de promover y exigir la concesión responsable de créditos, como vía para tratar de reducir el sobreendeudamiento personal y familiar.

La evaluación de solvencia del prestatario es, junto con la información precontractual a este[1] y la educación financiera del consumidor, pilar y exigencia necesarios para poder hacer efectivo el principio del crédito responsable[2].

Por evaluación de solvencia debemos entender genéricamente el análisis y comprobación de la capacidad del cliente para poder afrontar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de crédito celebrado, y concretamente, la obligación de devolución del mismo. Viene a ser un análisis de probabilidad y

de perspectivas de cumplimiento atendiendo a la capacidad económica y financiera del cliente que existe en el momento de la contratación, pero también las eventuales y previsibles circunstancias que puedan surgir y afectarle en el futuro mientras esté vigente el contrato (jubilación y reducción de ingresos ordinarios, cambios en los tipos de interés…)[3].

Podemos afirmar que se trata de una obligación de medios: el prestamista debe recopilar información suficiente a partir de diversas fuentes (bases de datos, ficheros de solvencia, información proporcionada por el propio futuro prestatario…), acerca de la situación financiera del cliente potencial prestatario y debe analizar de forma profesional y diligente toda la información precisa y relevante para llevar a cabo esa evaluación de solvencia, conforme prevé la diversa normativa aplicable a este respecto y también atendiendo al tipo de contrato que se pretende celebrar[4].

Realmente la evaluación de solvencia del prestatario con carácter previo a la concesión del crédito debe considerarse como una obligación inherente a la actuación diligente de todo prestamista: quien presta o concede un crédito lógicamente con carácter previo debería evaluar el riesgo que asume con ello en relación a las probabilidades que existen de que se le devuelva ese dinero prestado[5].

El problema es que, como se ha puesto de manifiesto en la reciente crisis económica y financiera que se ha sufrido en nuestro país, y también en el ámbito europeo comunitario, e incluso mundial, los prestamistas no han sido diligentes en tal actuación y, con un comportamiento que cabe calificar de irresponsable, concedían crédito a quienes, por sus circunstancias, realmente no podrían afrontar su devolución. En nuestro país fundamentalmente esa concesión del crédito se apoyó en la existencia de una garantía inmobiliaria accesoria que consideraban suficiente *a priori* para, llegado el caso de incumplimiento del prestatario, poder acudir a ella para recuperar todo lo prestado, con los intereses y costas oportunos (existía una excesiva confianza en la revalorización del inmueble). Pero con el tiempo esas garantías inmobiliarias no fueron suficientes para recuperar todo el crédito debido, y los prestatarios tampoco estaban en circunstancias económicas solventes para afrontar personalmente ningún pago, o de hacerlo, pasaban a encontrarse en una situación crítica.

Para poner freno a estas prácticas en nuestro ordenamiento jurídico se adoptaron normas que imponían a los prestamistas la obligación de evaluar la solvencia del prestatario con carácter previo a la concesión del préstamo. Es el caso del artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), en el que se advierte que: «Las entidades de crédito, antes de que se celebre el contrato de crédito o préstamo, deberán evaluar la solvencia del potencial prestatario, sobre la base de una información suficiente. A tal efecto, dicha información podrá incluir la facilitada por el solicitante, así como la resultante de la consulta de ficheros automatizados de datos, de acuerdo con la legislación vigente, especialmente en materia de protección de datos de carácter personal. Para la evaluación de la solvencia del potencial prestatario se tendrán en cuenta las normas específicas sobre gestión de riesgos y control interno que les son aplicables a las entidades de crédito según su legislación específica». Incluso ya antes se había regulado la necesidad de evaluar la conveniencia e idoneidad de ciertas operaciones en el ámbito del mercado financiero y servicios de inversión para los clientes antes de la contratación de los mismos; así fue con la normativa MiFID acogida en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, reformada por Ley 47/2007, de 19 de noviembre, y las evaluaciones de conveniencia e idoneidad previstas para clientes minoristas y profesionales de esos servicios de inversión[6].

Estas previsiones del artículo 29 LES tuvieron su desarrollo en el ámbito de los contratos con entidades bancarias en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de

octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y en la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos.

Posteriormente, y bajo la misma tendencia de conseguir un crédito responsable e incidir en la evaluación de solvencia del prestatario previa a la concesión de créditos, podemos citar también dentro de nuestro ordenamiento jurídico el artículo 14 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante LCCC, Ley que transpuso a nuestro ordenamiento la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo) y el artículo 5.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (en adelante, LOSSEC).

Dentro de la Unión Europea también se han dictado normas promoviendo la concesión responsable de créditos, buscando poner freno a actuaciones negligentes al respecto, que inciden en la confianza y seguridad del mercado crediticio y afectan a la propia sostenibilidad y solvencia de las entidades crediticias y financieras de los Estados miembros.

Ya con la Directiva 2008/48/CE sobre contratos de crédito al consumo se hizo hincapié en la necesidad de proteger al consumidor atendiendo a prácticas responsables por parte de las entidades de crédito en la concesión de esos créditos.

Pero, posteriormente, atendiendo a la crisis económica generalizada que tenía su ámbito objetivo fundamental en los créditos hipotecarios, para incidir más en el ámbito de los créditos inmobiliarios, se aprobó la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que, aunque sigue los pasos y ciertas pautas de la Directiva 2008/48/CE, acoge disposiciones más estrictas que esta en relación a la evaluación de solvencia del consumidor (*vid*., a este respecto, los considerandos 20 y 22 de la Directiva 2014/17/UE). Esta Directiva en sus considerandos incide fundamentalmente en la necesidad de recuperar la confianza de los consumidores en el sector financiero, solucionar los problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión Europea en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos y conseguir un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos, proporcionando un nivel elevado de protección a los consumidores.

En este trabajo lo que pretendemos es determinar las consecuencias de la falta de cumplimiento por el prestamista de esta obligación previa de evaluación de solvencia, así como del resultado positivo o negativo de tal evaluación en orden a la efectiva contratación con el prestatario consumidor, centrándonos especialmente en las previsiones de la Directiva 2014/17/UE en el marco de los contratos de crédito inmobiliario, así como del anteproyecto español de Ley de transposición de esta Directiva[7].

II. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EVALUAR LA SOLVENCIA DEL PRESTATARIO

En primer lugar nos vamos a centrar en el supuesto de que el prestamista no cumple con esa obligación previa de evaluación de solvencia del prestatario.

Como punto de partida, en las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE no se señala ninguna sanción o consecuencia concreta si el prestamista no analiza la solvencia del potencial prestatario con carácter previo a la concesión del crédito; se limitan a dejar en manos de cada Estado miembro el determinar qué consecuencias tiene el incumplimiento de esta obligación, advirtiendo únicamente que deben adoptarse las medidas necesarias para que se cumpla tal obligación e imponerse sanciones proporcionadas, efectivas y disuasorias (arts. 8 y 23 Directiva 2008/48/CE y 18 y 38 Directiva 2014/17/UE).

Por lo que se refiere a nuestras normas nacionales, la LES y la orden que la desarrolla (Orden EHA/2899/2011) parten del principio de libertad de contratación, advirtiendo esta Orden en su artículo 18.6 que: «La evaluación de la solvencia prevista en este artículo se realizará sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y los clientes y, en ningún caso afectará a su plena validez y eficacia, ni implicará el traslado a las entidades de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones de los clientes». En cuanto a las previsiones de la LCCC, en su artículo 34 tan solo se remite a sanciones administrativas como multas y sanciones accesorias contempladas en los artículos 50-52 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU), cuando los prestamistas no son entidades financieras, y sanciones administrativas previstas en la LOSSEC (que derogó la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), para el caso de que el prestamista sea una entidad de crédito.

En el ámbito de la Directiva 2014/17/UE sobre contratos de crédito inmobiliario, se tiene aún la oportunidad de prever en nuestro ordenamiento jurídico nacional, aprovechando su transposición, alguna consecuencia civil concreta para el caso de incumplimiento de esa obligación de evaluar la solvencia con carácter previo a su concesión. Pero en el caso del anteproyecto español de marzo de 2017 de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario, con la que se prevé transponer esa Directiva 2014/17/UE, las previsiones en materia de sanciones (arts. 37-40)[8] se remiten al régimen sancionador acogido en la LOSSEC, que es un régimen administrativo, con sanciones meramente administrativas cuyos efectos recaen sobre la entidad prestamista, pero sin efectos civiles ni contractuales sobre el préstamo que puedan de algún modo afectar al consumidor prestatario.

Configurándose la evaluación previa de solvencia del prestatario como una obligación del prestamista debe entenderse que su incumplimiento debe tener consecuencias y en el momento de la transposición de la Directiva 2014/17/UE debieran concretarse oportunamente, de modo que, a la par, se busque desincentivar ese incumplimiento y precisamente velar porque se cumpla con esa obligación de evaluación que prevé el artículo 18 de la Directiva 2014/17/UE.

Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que en el apartado 4 de este artículo 18 se señala que debe velarse porque el prestamista no pueda anular o modificar un contrato ya celebrado en detrimento del consumidor por el hecho de que la evaluación de la solvencia no se hubiera efectuado correctamente; si eso es así en este caso, para el supuesto de que ni siquiera se hubiera realizado la evaluación (ni correcta ni incorrectamente, simplemente no realizado) al menos debe tomarse como pauta el sancionar de algún modo esa conducta del prestamista sin perjudicar al consumidor y, en todo caso, impedirle anular y modificar el contrato con posterioridad en detrimento del consumidor. En cualquier caso,

cabe tener en cuenta que este supuesto solo generará controversia y trascenderá en el marco del régimen sancionador en caso de que el prestatario incumpla con sus obligaciones de devolución del préstamo; si cumple con la devolución, realmente esta problemática no trascenderá salvo que se «denuncie» esa práctica irresponsable del prestamista de no realizar la evaluación de solvencia en términos generales, lo que es poco previsible que en la práctica lleve a cabo ese concreto prestatario. Pero sí que debieran preverse sanciones que, además de castigar, desincentiven estas prácticas negligentes e irresponsables.

III. EVALUACIÓN INCORRECTA O MAL REALIZADA

No hay previsiones concretas al respecto en el marco de la Directiva 2008/48/CE sobre contratos de crédito al consumo, ni en la normativa nacional que la transpone (LCCC), ni tampoco en la LES ni en la Orden EHA/2899/2011, que atienden fundamentalmente al principio de libertad de contratación.

En el marco de los contratos de crédito inmobiliario, conforme prevé la Directiva 2014/17/UE, en el caso de que la evaluación de solvencia se haya efectuado, en base a ello se haya celebrado el contrato y, con posterioridad, el prestamista se percate de que esa evaluación se hizo incorrectamente (y cabe entender que se percatará cuando comiencen los impagos o problemas de cumplimiento por el prestatario): entonces no podrá ya el prestamista anular o modificar el contrato en perjuicio del consumidor (art. 18. 4 de la Directiva 2014/17/UE).

Pero hay una excepción a esta regla: sí que será posible tal anulación o modificación del contrato si se acredita que el consumidor consciente y deliberadamente ocultó o falsificó información pertinente aportada conforme al artículo 20 de la referida Directiva para que pudiera realizarse esa evaluación de solvencia. En caso de que tras la celebración del contrato se demostrase que el consumidor hubiera ocultado o falseado conscientemente la información pertinente que proporcionó al prestamista, este podrá rescindir el contrato si así lo reconocen las normas nacionales de transposición (art. 20.3, último párrafo, de la Directiva). Se habla de una ocultación o falseamiento consciente del consumidor, por lo que en ese caso se debe probar la existencia de dolo y mala fe por parte del consumidor. Y también se alude a información «pertinente», expresión que es más indeterminada e imprecisa: puede entenderse que simplemente hace referencia en general a la información que se le requiriera precontractualmente por el prestamista como necesaria, suficiente y proporcionada (en los términos indicados en el párrafo primero de ese apartado 3 del artículo 20 de la Directiva), pero en mi opinión esa referencia a «información pertinente» debe entenderse también como una exigencia de que, para que cupiera esa rescisión contractual, esa falsedad u ocultación se refiera a datos pertinentes sobre la solvencia del consumidor, y no cualquier dato; e igualmente cabe entender exigible que realmente esa falsedad u ocultación hubieran alterado (de haberse conocido previamente el dato) el resultado de la evaluación de solvencia del consumidor, pues, de lo contrario, tal rescisión no tendría ninguna justificación; no sería suficiente con la ocultación o falsificación de cualquier dato sino que debieran tratarse de datos relevantes que afectasen al resultado de la evaluación de solvencia y a la concesión del crédito con base en ella; aunque es cierto que en la práctica si un cliente oculta o falsea consciente y deliberadamente algún tipo de información sobre su solvencia es porque entiende que con alta probabilidad ese dato afectaría al resultado de la evaluación de solvencia.

Ahora bien, no cabría rescisión contractual por parte del prestamista en caso de que después de celebrar el contrato se comprobara que la información suministrada por el consumidor era incompleta (art. 20.3, segundo párrafo de la Directiva); lógicamente hay que entender que se hace referencia también al hecho de que esa información era incompleta y por ello no se evaluó correctamente la solvencia del consumidor habiendo obtenido un resultado positivo de solvencia con los datos obtenidos, cuando realmente de haber conocido todos los datos y haber hecho la evaluación teniéndolos en cuenta, el resultado hubiera sido distinto. Esta previsión cabe ponerla en relación con lo indicado en el artículo 18.4 de la Directiva 2014/17/UE: los Estados miembros velarán por que el prestamista no pueda anular ni modificar el contrato posteriormente en detrimento del consumidor por el hecho de que la evaluación de la solvencia no se haya efectuado correctamente[9]. Esta prohibición de rescisión (y modificación) se ajusta y tiene su fundamento en la propia naturaleza de la obligación del prestamista: como se indicó anteriormente se trata de una obligación de medios a cumplir con la debida diligencia profesional; en la fase precontractual el prestamista debió señalar claramente qué información se necesitaba (art. 20.3 de la Directiva); si la información proporcionada por el consumidor no era completa el prestamista debió haberle pedido el complemento oportuno o aclaraciones; y si no existía suficiente información pese a todo, entonces no debió conceder el crédito y así cumplir con esa advertencia que debió hacerse al consumidor en la fase precontractual de que si no se le proporcionaba la información oportuna para evaluar la solvencia no se le concedería el crédito (apartados 3 y 4 del artículo 20 de la Directiva). Si el prestamista no cumplió con esa diligencia y concedió el crédito con base en una información incompleta, él tiene que asumir las consecuencias y el riesgo de incumplimiento. Es más, para completar esa información el prestamista no solo tiene como fuente el consumidor sino también otras fuentes a las que podrá acudir; de hecho, cabe afirmar que como medida preventiva y prudencial los prestamistas deberían acudir a otras fuentes distintas al propio consumidor que permitan contrastar y verificar su efectiva y real situación de solvencia financiera atendiendo a diversos aspectos; dejar la información sobre la solvencia del deudor únicamente en las manos de este no resulta eficaz ni mucho menos eficiente y diligente[10].

IV. EVALUACIÓN POSITIVA

Al igual que en el caso anterior, no hay previsiones concretas al respecto en el marco de la Directiva 2008/48/CE sobre contratos de crédito al consumo, ni en la normativa nacional que la transpone (LCCC), ni tampoco en la LES ni en la Orden EHA/2899/2011, que se basan en atender al principio de libertad de contratación.

Centrándonos de nuevo en el ámbito de los contratos de crédito inmobiliario, ante un resultado positivo de la evaluación de solvencia efectuada, lo más habitual es que se conceda el crédito, pero ya se advierte en el considerando 57, *in fine,* de la Directiva 2014/17/UE que tal resultado positivo no implicará una obligación para el prestamista de conceder el crédito. Y esto es lógico en el ámbito de la libertad de contratación, pues puede haber otros datos o aspectos del negocio distintos a la solvencia del cliente que el prestamista valore como relevantes y que le lleven a denegar el crédito pese a la solvencia acreditada del potencial prestatario.

Por otro lado, ante la concesión de ese crédito tras un resultado positivo en la evaluación, el hecho de que posteriormente el prestatario no cumpla y se ponga de manifiesto una situación de insolvencia de este no debe implicar automáticamente la responsabilidad del prestamista: si tal insolvencia deriva de nuevas circunstancias que no pudieron valorarse ni tenerse en cuenta en el momento de la evaluación previa a la concesión del crédito, no se justifica que haya consecuencias negativas contra el prestamista (al margen, por supuesto, de la difícil situación de cara a cobrar su crédito). En este sentido, como indica MAYORGA, en aras de una mayor seguridad y claridad, debe exigirse un esfuerzo al legislador nacional «en determinar de forma clara y precisa los umbrales de las evaluaciones positivas, concretando y definiendo el criterio o margen a seguir por las entidades de crédito de ciertos umbrales de seguridad para ambas partes»[11].

V. EVALUACIÓN NEGATIVA

Tampoco en este supuesto hay previsiones concretas al respecto en el marco de la Directiva 2008/48/CE, ni en la normativa nacional que la transpone (LCCC), ni tampoco en la LES ni en la Orden EHA/2899/2011, que se basan en atender al principio de libertad de contratación.

Dadas las expectativas existentes en torno a la futura transposición de la Directiva 2014/17/UE, es precisamente en este caso de un resultado negativo en esa evaluación de solvencia donde se produce entre la doctrina mayor controversia de cara a determinar las consecuencias y efectos de tal resultado.

En el artículo 18.5.a) de la referida Directiva se advierte que debe velarse porque el prestamista solo ponga el crédito a disposición del consumidor si el resultado de la evaluación fuera positivo. Esta norma precisamente es la que vendría a fundamentar la consecuencia directa de un resultado negativo de la evaluación: la no concesión del crédito. Cierto es que la Directiva expresamente no indica tal consecuencia para el hecho de que esa evaluación advierta de que no sea probable el cumplimiento oportuno de las obligaciones por el consumidor; pero ese artículo 18.5.a) de la Directiva y la finalidad manifiesta de esta norma comunitaria de promover la concesión responsable de crédito (puesta de manifiesto en varios de sus considerandos) lleva a concluir que un resultado negativo debería implicar la negación de la concesión del crédito[12].

Sin embargo, la libertad de contratación llevaría a permitir que, pese a ese resultado negativo, pueda concederse el crédito solicitado[13]; *a priori* no parece lógico para el prestamista conceder un crédito cuando es probable que no se pueda devolver, pero, sin perjuicio de que en la transposición de la Directiva se señale expresamente la prohibición de concederse el crédito ante un resultado negativo de la evaluación de solvencia (lo que no sucede en el anteproyecto español previsto)[14], realmente la Directiva no lo prohíbe expresamente.

Ahora bien, a la vista de lo sucedido en los últimos años, cabe advertir que han sido numerosos los casos en los que se han concedido préstamos y créditos obviando datos sobre la solvencia del prestatario que evidenciaban altas probabilidades de incumplimiento, apoyándose fundamentalmente en la existencia de garantías accesorias (hipotecas y fianzas especialmente); y esta actuación irresponsable no solo afectó a las entidades prestamistas sino que afectó a todo un mercado y sistema crediticio y financiero, contribuyendo a una crisis económica

grave y motivando normas como esta Directiva 2014/17/UE para poner freno a estas prácticas.

Este será un aspecto muy relevante que debe tenerse en cuenta en la norma de transposición de la Directiva y en su norma de desarrollo (esto último teniendo en cuenta que en esta materia de evaluación de solvencia el anteproyecto español lo único que prevé es la remisión a normas reglamentarias: véase su disposición final decimocuarta[15]). En esa norma de transposición deberían determinarse en este sentido los siguientes aspectos: a) si se prohíbe o no al prestamista la concesión del crédito en caso de que el resultado de la evaluación de solvencia sea negativo; y b) en caso de que se conceda el crédito pese al resultado negativo de la evaluación del solvencia, las consecuencias de la insolvencia efectiva del prestatario e incumplimiento del crédito (consecuencias que dependerán asimismo de si se determinó o no la prohibición de concesión en caso de resultado negativo de la evaluación), ya que la Directiva no prevé nada[16].

Entiendo evidente que estas consecuencias fundamentalmente deben afectar y perjudicar al prestamista: él asumió el riesgo de conceder un crédito pese al resultado negativo de la evaluación y, por ello, él debe verse perjudicado; el consumidor tampoco debió aceptar un préstamo tan irresponsablemente, ciertamente, pero en este ámbito debe entenderse que concurre mayor responsabilidad del prestamista quien debe velar también porque sus actuaciones negligentes no repercutan en todo el mercado o sistema financiero o de crédito. Ahora bien, como señala CUENA[17], esa responsabilidad del prestamista debe producirse cuando esa insolvencia e impago del prestatario se deriven de datos y circunstancias que ya existían antes de conceder el crédito, no cuando deriven de circunstancias sobrevenidas e imprevistas.

Como se ha indicado antes, en el marco de las sanciones, la Directiva en su artículo 38 se remite al régimen sancionador que los Estados miembros establezcan en general ante el incumplimiento de las disposiciones nacionales de transposición, limitándose la Directiva a señalar que esas sanciones deberán ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias»; y en el anteproyecto de Ley español de marzo de 2017 las previsiones en materia de sanciones (arts. 37-40) se remiten al régimen sancionador acogido en la LOSSEC[18].

Si en la norma nacional se contemplase una prohibición de concesión del crédito ante ese resultado negativo, el incumplimiento de esta norma debería implicar la ineficacia del contrato de crédito, al margen de sanciones administrativas contra la entidad prestamista. En caso de que no se prevea expresamente tal prohibición, dándose con ello prevalencia a la libertad de contratación, si el prestamista concede el crédito de modo irresponsable[19] y finalmente esa insolvencia del prestatario se pone de manifiesto y se producen incumplimientos e impagos por este, al margen de posibles sanciones administrativas por ese comportamiento irresponsable, deberían producirse efectos civiles contractuales contra el prestamista en la medida oportuna (sin que tampoco se produzca el efecto diabólico de incentivar al consumidor a aceptar préstamos irresponsablemente pese a los resultados negativos de su evaluación de solvencia pues obtiene ventajas contractuales con ello[20]).

En todo caso, si la decisión es la denegación del crédito solicitado, el prestamista debe informar sin demora al consumidor de tal denegación; y si tal decisión se basase en un tratamiento automático de datos, deberá asimismo indicarlo; y si se basara en el resultado de una consulta a una base de datos deberá informar del mismo y de la base de datos consultada [art. 18.5.c) de la Directiva 2014/17/UE].

VI. POSIBLES CONSECUENCIAS DE *LEGE FERENDA* EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

¿Qué tipo de sanciones se pueden articular en relación a estos supuestos de actuación irresponsable del prestamista de concesión del crédito sin evaluar oportunamente la solvencia del prestatario con carácter previo o concediendo el crédito tras un resultado negativo en la evaluación de solvencia? ¿Qué podría hacer el consumidor prestatario ante esta situación?[21].

Determinar la nulidad del contrato automáticamente no parece la solución más efectiva pues viene a penalizarse a un consumidor que tendría que devolver inmediatamente toda la prestación recibida (y eso, dadas las circunstancias, sería difícil de soportar por ese consumidor), lo cual sería además injusto en la medida que se vería beneficiada precisamente la parte que ha sido negligente en su actuación (el prestamista, quien vería como al declararse nulo el contrato se le devolvería toda la prestación realizada sin ninguna penalización).

Acudir a la figura de la anulabilidad por vicios de consentimiento (error o dolo), tampoco parece viable. Dolo no existe *a priori* (en caso de dolo por ocultación maliciosa de datos por el consumidor, como se ha visto, las consecuencias ya están indicadas en la Directiva 2014/17/UE), pues a lo sumo es un caso de negligencia o culpa del prestamista que no realizó o realizó incorrectamente la evaluación o que decidió conceder el crédito pese al resultado negativo de la evaluación. Y en cuanto al error, para que tenga efectos anulatorios debe ser esencial e inexcusable (entre otras, SSTS de 21 de noviembre de 2012, de 29 de octubre de 2013, de 20 de enero de 2014 y de 4 de febrero de 2016), y en este caso el prestamista con una diligencia oportuna podría haber salido del «error» de considerar solvente al prestatario o directamente era consciente del resultado negativo de la evaluación; y por lo que se refiere al consumidor prestatario, este tampoco podría alegar error cuando conocía o debía conocer perfectamente sus circunstancias económicas concretas en el momento del contrato.

La resolución del contrato también tendría como efecto perverso e injusto para el consumidor prestatario el de devolver la totalidad de las prestaciones recibidas.

Si no se aprecian viables estas clásicas consecuencias civiles, deben concretarse por nuestro legislador medidas efectivas y disuasorias de estas prácticas negligentes de los prestamistas; no se trata tampoco de beneficiar injustamente al consumidor (que conocía perfectamente sus circunstancias económicas y financieras en el momento de aceptar el préstamo o crédito)[22], pero sí que debe tenerse en cuenta que las previsiones de la Directiva 2014/17/UE (al igual que la Directiva 2008/48/CE, la LCCC, la LES y la Orden EHA/2899/2011) son normas prudenciales, dictadas, entre otras razones y en lo que aquí nos concierne, con el objetivo de conseguir erradicar prácticas irresponsables en la concesión de créditos que lleven a situaciones de sobreendeudamiento personal y familiar injustificados y a crisis económicas y financieras cuyos costes no han recaído solo en quienes realizaron esas prácticas sino en el conjunto de la sociedad y del sistema y mercado crediticio; solo con sanciones y consecuencias efectivamente disuasorias, que incidan directamente en los efectos del contrato celebrado negligentemente por la entidad prestamista y con respecto a esta, se podrá llegar a alcanzar de modo efectivo el objetivo del crédito responsable en nuestro país.

A este respecto, entre la doctrina[23], además de las ya comentadas nulidad, anulabilidad y resolución del contrato, se han indicado varios posibles efectos que estimo oportunos y viables: así, se han propuesto efectos como el de eliminar

la obligación de pago de intereses remuneratorios y/o moratorios, eliminar la posibilidad del prestamista de resolver anticipadamente el crédito por impago o perder las garantías accesorias adicionales. También se puede llegar a valorar la posibilidad, incluso, de una nulidad, anulabilidad o resolución del contrato de forma parcial reduciéndose la deuda hasta la cantidad que teniendo en cuenta la solvencia del prestatario sí debió oportunamente prestarse. Asimismo, se ha planteado la posibilidad de que el consumidor acuda a la exigencia de responsabilidad civil del prestamista por tal actuación, lo que exigiría acreditar los daños y perjuicios sufridos y además concretar criterios que permitan a los tribunales analizar y determinar la indemnización[24].

VII. CONCLUSIONES

I. La concesión responsable del crédito en el ámbito de la Unión Europea y del Ordenamiento jurídico español es una prioridad.

II. La importante crisis económica y financiera que se ha sufrido desde 2008 ha evidenciado unos índices de sobreendeudamiento personal y familiar y unos supuestos de concesión de crédito irresponsablemente por las entidades financieras tan elevados que se decidió poner freno; y se hizo ya desde la Directiva 2008/48/CE de contratos de crédito al consumo, y, en el ámbito de los créditos inmobiliarios, con la Directiva 2014/17/UE, que debió haberse transpuesto en España en marzo de 2016.

III. Entre otras disposiciones, esta Directiva 2014/17/UE prevé la exigencia de que con carácter previo a la concesión del crédito se proceda a la evaluación de la solvencia del consumidor a partir de diversas fuentes (el propio consumidor, bases de datos, ficheros de solvencia…). La mayoría de las previsiones básicas que en este sentido se recogen en la Directiva 2014/17/UE ya se vienen aplicando en España con la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y la Orden EHA/2899/2011; normas que, no obstante, deberán ser objeto de la oportuna revisión.

IV. Hay varios aspectos relevantes que deben regularse de modo concreto e inmediato en la norma de transposición, ya que en la Directiva 2014/17/UE no se determinan con claridad ni de modo taxativo. Entre esos aspectos destacan: concretar los umbrales o criterios oportunos que permitan determinar cuándo se está ante un resultado positivo en esa evaluación de solvencia; y también resulta preciso determinar las consecuencias de la concesión del crédito habiéndose incumplido por el prestamista esa obligación de evaluar la solvencia o habiéndose obtenido un resultado negativo en tal evaluación.

V. Estos aspectos, sin embargo, no se concretan en el anteproyecto de Ley español de marzo de 2017 que pretende la transposición de esta Directiva 2014/17/UE al ordenamiento español, sino que simplemente se limita nuestro legislador a remitirse a un futuro desarrollo reglamentario que concrete lo oportuno en relación con la evaluación de solvencia[25].

VI. Resultando poco viables y eficaces la nulidad, anulabilidad y resolución totales del contrato, se proponen diversas consecuencias y sanciones civiles en el caso de incumplimiento de la obligación de evaluar la solvencia del prestatario con carácter previo a la concesión de crédito o en el caso de concesión del crédito pese al resultado negativo de tal evaluación. En concreto se propone: eliminar la obligación de pago de intereses remuneratorios y/o moratorios; eliminar la posibilidad del prestamista de resolver anticipadamente el crédito por impago; perder las garantías accesorias adicionales; una nulidad, anulabilidad o resolu-

ción del contrato de forma parcial reduciéndose la deuda hasta la cantidad que teniendo en cuenta la solvencia del prestatario sí debió oportunamente prestarse; o la posibilidad de que el consumidor acuda a la exigencia de responsabilidad civil del prestamista.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 21 de noviembre de 2012.
- STS de 9 de mayo de 2013.
- STS de 29 de octubre de 2013.
- STS de 20 de enero de 2014.
- STS de 7 de julio de 2014.
- STS de 25 de marzo de 2015.
- STS de 17 de abril de 2015.
- STS de 15 de septiembre de 2015.
- STS de 30 de diciembre de 2015.
- STS de 4 de febrero de 2016.
- STS de 13 de julio de 2016.
- STS de 3 de julio de 2016.
- STS de 30 de julio de 2016.
- STS de 24 de octubre de 2016.
- STS de 13 de enero de 2017.
- STS de 20 de abril de 2017.
- STS de 4 de mayo de 2017.
- STS de 11 de mayo de 2017.
- STS de 14 de junio de 2017.
- STS de 4 de julio de 2017.
- STS de 20 de julio de 2017.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, M. (2016). La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español. En: E. Arroyo Amayuelas y Á. Serrano de Nicolás (dirs.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid: Marcial Pons (pp. 45-64).

ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, disponible en http://www.indret.com/pdf/1304.pdf.

CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. En: L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Madrid: Aranzadi, 27-89.

— (2014). Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: análisis de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 20, 2014 (161-185), disponible en http://www.elnotario.es/images/pdf/Préstamo_RESPONSABLE.pdf.

DE LA PEÑA L. y LÓPEZ-FRÍAS, J. (2013). Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, abril-junio, 2013 (47-78).

DÍAZ ALABART, S. (2015). Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia. En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, edit. Reus (223-276).

GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento. En: L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Madrid: Aranzadi (pp. 207-242).

MAYORGA TOLEDANO, M.ª. C. (2016). Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente. En: M.ª de la S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*, Madrid: Dykinson (353-377).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2017). Información precontractual al prestatario: algunas notas sobre las exigencias de la Directiva 2014/17/UE en este ámbito, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, mayo-junio, 2017 (1528-1544).

SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016). La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial, la obligación de evaluar su solvencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* IDIBE, núm. 5, agosto, 2016, 311-330.

ZUNZUNEGUI, F. (2015). Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 2, junio, 2015, disponible en http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/zunzunegui-wp-2_2015-evaluacion-de-la-solvencia-en-la-concesion-de-creditos-hipotecarios.pdf.

NOTAS

[1] En relación con la información precontractual a suministrar al consumidor prestatario en el ámbito de esta Directiva 2014/17/UE, *vid.* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2017). Información precontractual al prestatario: algunas notas sobre las exigencias de la Directiva 2014/17/UE en este ámbito, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 761, mayo-junio, 2017, 1529 y sigs.

[2] Como señala ZUNZUNEGUI: «la crisis ha servido para constatar que el remedio habitual de la transparencia de las condiciones económicas en que se contrataban los créditos no sirve para prevenir el sobreendeudamiento. Se hacían necesarias medidas adicionales más efectivas. Surge así el principio de crédito responsable según el cuál es el profesional concedente del crédito quien debe verificar la adecuación del crédito a la solvencia del cliente» [ZUNZUNEGUI, F. (2015), Evaluación de la solvencia en la concesión de créditos hipotecarios, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, núm. 2, junio, 2015, disponible en http://www.rdmf.es/wp-content/uploads/2016/09/zunzunegui-wp-2_2015-evaluacion-de-la-solvencia-en-la-concesion-de-creditos-hipotecarios.pdf, 4 del pdf].

[3] MAYORGA TOLEDANO, M.ª. C. (2016). Obligaciones de la entidad de crédito en la concesión de crédito adecuado a la solvencia y capacidad de endeudamiento del cliente. En: M.ª de la S. Flores Doña y J. T. Raga Gil (dirs.), *El préstamo hipotecario y el mercado*

del crédito en la Unión Europea, Madrid: Dykinson, 359-362. Según esta autora «se trata de un análisis de aptitud crediticia o *credit worthiness*, que resulta un criterio más genérico y flexible» (360). En este sentido la Directiva 2014/17/UE en su artículo 4.17 define evaluación de la solvencia como «la evaluación de las perspectivas de cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la deuda que se deriven del contrato de crédito»; y en su artículo 18 se advierte que «dicha evaluación tendrá debidamente en cuenta los factores pertinentes para verificar las *perspectivas de cumplimiento* por el consumidor de sus obligaciones en virtud del contrato de crédito».

[4] DÍAZ ALABART, por el contrario, entiende que debe considerarse como una obligación de resultado: «la norma no pide al prestamista el simple desarrollo de una actividad, en este caso profesional, sino que precisamente por esa profesionalidad del obligado ha de alcanzar un resultado adecuado, esto es, una evaluación de solvencia bien hecha» (DÍAZ ALABART, S. (2015). Evaluación de la solvencia del consumidor, tasación de inmuebles y consultas en ficheros de solvencia. En: S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid: edit. Reus, 230).

[5] Así lo han advertido también CUENA CASAS, M. (2014). Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: análisis de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 20, 2014, disponible en http://www.elnotario.es/images/pdf/Préstamo_RESPONSABLE.pdf. (6 del pdf), MAYORGA TOLEDANO (2016). Obligaciones de la entidad de crédito…, *op. cit.*, 354; y DÍAZ ALABART. S. (2015). Evaluación de solvencia…, *op. cit.*, 226, entre otros.

[6] Cfr. artículos 79 bis de la ya derogada Ley 24/1988, y, en cuanto a la actualmente vigente normativa de mercado de valores, artículos 213 y 214 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; como la Circular 3/2013, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que desarrolla esas obligaciones de evaluación. *Vid*., a este respecto, DE LA PEÑA L. y LÓPEZ-FRÍAS, J. (2013). Crédito responsable: un nuevo concepto en nuestro ordenamiento, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130, abril-junio, 2013, 49 y sigs.).

[7] Tras la entrega de este trabajo para su publicación se aprobó el proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOCG de 17 de noviembre de 2017). De cara a la publicación de este trabajo, en el momento de su revisión, con ánimo de completar lo en él indicado, se hacen diversas referencias a este proyecto de Ley en notas al pie. En el proyecto, a diferencia de en el anteproyecto, sí que se regula como tal ya expresamente la obligación de evaluación de la solvencia del futuro prestatario con carácter previo a la contratación (arts. 9 y 10 del proyecto de Ley).

[8] Tras la entrega de este trabajo para su publicación se aprobó el proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario (BOCG de 17 de noviembre de 2017), que acoge el régimen sancionador en sus artículos 44 a 47, de contenido muy similar al previsto en los artículos 37 a 40 del anteproyecto, manteniéndose el carácter fundamentalmente administrativo de las sanciones previstas.

[9] En este caso, como se ha indicado, se prevé en ese artículo 18.4 de la Directiva que no se aplicará tal prohibición de rescisión o modificación si se demuestra que el consumidor ocultó o falsificó conscientemente información.

[10] A este respecto, *vid*, entre otros, MAYORGA TOLEDANO (2016). Obligaciones de la entidad de crédito…, *op. cit.*, 364; CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. En: L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Madrid: Aranzadi, 79 y sigs.) y GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor. Consecuencias derivadas de su incumplimiento. En: L. Prats Albentosa y M. Cuena Casas (coords.), *Préstamo Responsable y Ficheros de Solvencia*, Madrid: Aranzadi (219-220).

[11] MAYORGA TOLEDANO (2016). Obligaciones de la entidad de crédito, *op. cit.*, 361.

[12] En este mismo sentido, SERRA RODRÍGUEZ, A. (2016). La Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y su incidencia en las normas españolas sobre protección del consumidor de crédito hipotecario, en especial,

la obligación de evaluar su solvencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* IDIBE, núm. 5, agosto, 2016, 326-327), además de los autores por ella citados. En contra, considerando que el prestamista puede conceder el crédito pese a ese resultado negativo de la evaluación de solvencia, siendo responsable de ese riesgo el propio prestamista, CUENA CASAS, M. (2014). Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales…, *op. cit.*, 4 del pdf). En el proyecto de Ley se mantiene la remisión a un desarrollo reglamentario posterior sobre estos aspectos, pero ya no se recoge en una disposición final decimocuarta, sino en su disposición final undécima.

[13] *Vid*. a este respecto, CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera…, *op. cit.*, 76-77.

[14] En el proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, sin embargo, sí que se advierte expresamente en su artículo 9.5 que «el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato».

[15] Conforme señala esta disposición final decimocuarta del anteproyecto español de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de marzo de 2017, nuestro legislador se limita a dejar para un futuro desarrollo reglamentario de la Ley por Real Decreto disposiciones relativas a: «e) La adecuada atención a los ingresos de los clientes en relación con los compromisos que adquieran al recibir un préstamo. f) La adecuada e independiente valoración de las garantías inmobiliarias que aseguren los préstamos de forma que se contemplen mecanismos que eviten las influencias indebidas de la propia entidad o de sus filiales en la valoración. g) La obtención y documentación apropiada de datos relevantes del potencial prestatario, así como el acceso a bases de datos, garantizándose que se haga en condiciones de no discriminación. h) Las condiciones y efectos de la evaluación de la solvencia del potencial prestatario». En el proyecto de Ley se mantiene la remisión a un desarrollo reglamentario posterior sobre estos aspectos, pero ya no se recogen en una disposición final decimocuarta, sino en su disposición final undécima.

[16] Como se ha indicado anteriormente, en el proyecto de Ley ya se advierte expresamente en su artículo 9.5 que «el prestamista solo pondrá el préstamo a disposición del prestatario si el resultado de la evaluación de la solvencia indica que es probable que las obligaciones derivadas del contrato de préstamo se cumplan según lo establecido en dicho contrato».

[17] CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera…, *op. cit.*, 76.

[18] Como se advirtió anteriormente, el proyecto de Ley de contratos de crédito inmobiliario acoge el régimen sancionador en sus artículos 44 a 47, de contenido muy similar al previsto en los artículos 37 a 40 del anteproyecto, manteniendo la naturaleza administrativa de las sanciones, sin alusión a consecuencias, sanciones o efectos de naturaleza contractual.

[19] Así es como debe calificarse esa actitud del prestamista ante el resultado negativo de la evaluación de solvencia, atendiendo a la situación del prestatario; sin perjuicio de que lo más probable es que esa concesión de crédito se base en la existencia de garantías adicionales exigidas por el prestamista, tales como fianza solidaria, además de contar con una hipoteca (dado el tipo de crédito a que se refiere la Directiva 2014/17/UE) sobre un inmueble propiedad del prestatario o de un tercero. Con respecto al fiador, entiendo que debiera exigirse también una evaluación previa de su solvencia.

[20] *Vid*., en este sentido, GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor…, *op. cit.*, 238-240.

[21] Respecto a las consecuencias y sanciones en el marco de la evaluación de solvencia, cfr., entre otros, ANDERSON, M. (2016). La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios, y su previsible impacto en el Derecho español. En: E. Arroyo Amayuelas y Á. Serrano de Nicolás (dirs.), *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Madrid: Marcial Pons, 56-58; MAYORGA TOLEDANO (2016). Obligaciones de la entidad de crédito, *op. cit.*, 369-373); ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*, InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, disponible en http://www.indret.com/pdf/1304.pdf, 26-28

del pdf; DÍAZ ALABART. S. (2015). Evaluación de solvencia…, *op. cit.*, 253-257); CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera…, *op. cit.*, 75-79); y GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor…, *op. cit.*, 220-222 y 229-240).

[22] Cfr. GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor…, *op. cit.*, 239.

[23] Cfr., entre otros, ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La Directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores…, *op. cit.*, 26-28 del pdf; ANDERSON, M. (2016). La Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios…, *op. cit.*, 56-58, MAYORGA TOLEDANO (2016). Obligaciones de la entidad de crédito, *op. cit.*, 369-373); CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera…, *op. cit.*, 75-79); GALLEGO SÁNCHEZ, E. (2014). La obligación de evaluar la solvencia del deudor…, *op. cit.*, 220-222 y 229-240); y DÍAZ ALABART. S. (2015). Evaluación de solvencia…, *op. cit.*, 254-257).

[24] *Vid*. ARROYO AMAYUELAS, E. (2017). La directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito con consumidores…, *op. cit.*, 28 del pdf.

[25] Estos aspectos tampoco se concretan con claridad en el proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

1.6. Responsabilidad civil

La protección del núcleo familiar frente a las inmisiones (acciones civiles): legitimación de los cónyuges para reclamar y carácter de la posible indemnización (privativa o ganancial)

The protection of the family core in front of immigration (civil actions): legitimation of spouses to claim and character of possible indemnification (privative or donor)

por

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

Máster en Derecho de Familia y Sistemas hereditarios. UNED

RESUMEN: Las inmisiones en la vivienda familiar, sobre todo los ruidos, aunque también los olores, radiaciones, vibraciones, etc., pueden perturbar la normal convivencia y el disfrute del hogar.

Desde el punto de vista jurídico, dichas inmisiones son susceptibles de vulnerar derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la intimidad, a la integridad, a la inviolabilidad del domicilio, a una vivienda digna, a la salud, y a un medioambiente adecuado.

Estando la familia compuesta habitualmente por varios miembros, es interesante estudiar quien debe de instar la acción de reclamación oportuna, a fin de evitar que la pretensión se vea rechazada por falta de legitimación activa o falta de litisconsorcio activo necesario.

También es de interés el estudio del carácter de la posible indemnización que se obtenga para el caso de que se pruebe que la inmisión ha causado un daño (ganancial o privativa), pues si solo ha sido parte en el procedimiento uno de los miembros del matrimonio y es solo él a quien se reconoce la indemnización, sería importante para liquidar el régimen económico matrimonial ante una eventual crisis.

ABSTRACT: Immissions in the family dwelling, especially the noises, but also the odors, radiations, vibrations, etc., can disrupt the normal coexistence and enjoyment of the home.

From the legal point of view, such immissions are liable to violate fundamental rights of the person, such as the right to privacy, integrity, inviolability of the home, decent housing, health, and an adequate environment.

Due to the family is usually composed of several members, it is interesting the study of who should urge the action of a timely claim, in order to avoid the claim rejection due to the lack of active legitimacy or lack of active litisconsortium necessary.

It's also interesting the study of the nature of the possible compensation that is obtained in the event that it proves that the immission has caused damage (gainful or exclusively), since if only one of the members of the marriage had been part in the procedure and she/he is only he whom is recognized as compensation, would be important to liquidate the matrimonial economic regime in case of crisis.

PALABRAS CLAVE: Inmisiones. Ruido. Vivienda familiar. Legitimación. Privativo. Ganancial. Indemnización.

KEY WORDS: Immissions. Noise, Family housing. Legitimization. Privative. Ganancial. Compensation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS INMISIONES EN EL DOMICILIO: 1. Normas internacionales. 2. Derecho y jurisprudencia de la UE. 3. Derecho español y su aplicación. —III. LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES FRENTE A LAS INMISIONES. —IV. CARÁCTER PRIVATIVO-GANANCIAL DE LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN. —V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ANEXO. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El domicilio constituye un marco de desarrollo de la persona en su vertiente privada, siendo el lugar donde se realizan actividades que en cierta medida se encuentran sustraídas al resto de la sociedad porque constituyen la esencia de lo que denominamos vida familiar.

Además de actividades que requieren cierto grado de concentración, y por tanto de tranquilidad (leer, estudiar, conversar, actividad sexual), es el lugar en que se descansa, actividad que ocupa prácticamente un tercio de nuestra vida y que resulta imprescindible para poder realizar el resto.

Hay múltiples factores que son susceptibles de alterar la actividad del descanso, desde patologías médicas, pasando por las de cariz psicológico, la simple preocupación por algún asunto relevante, y las perturbaciones externas, como ruidos o vibraciones. Esas alteraciones en el patrón de sueño son causa de problemas de salud, bajada de rendimiento en el trabajo o en la actividad diurna, y en resumen, de una disminución de la calidad de vida de la persona (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 1996, 1).

España es uno de los países más ruidosos del mundo, y son muchos los hogares que sufren este problema, que hace que se anule parte de la función que esperamos de un hogar, la de ser un lugar donde descansar. Cabe preguntarse por qué ostentamos tan vergonzoso galardón, si ha sido el Estado el que ha descuidado o descuida el proteger del ruido a sus ciudadanos, o si son esos ciudadanos los que al margen de la normativa protectora potencian con su conducta la magnificación del problema (CREMADES GARCÍA, 2009. 56).

A mi juicio, y como en la mayoría de cuestiones, nos encontramos ante un cúmulo de despropósitos, por una parte, ante una sociedad donde parece que invocar un derecho al descanso, o el gozar del silencio que permita la lectura

o el estudio, supone imponer al resto una condición inasumible, coartar su derecho al desarrollo, y se ve en la persona que reclama a un problemático que no deja vivir a los demás. Por otra parte, vivimos en un Estado donde por la actual distribución competencial, desde el gobierno de la Nación, pasando por los gobiernos autonómicos, y siguiendo por los entes locales, todos han legislado en determinadas materias, por lo que el maremágnum de normas es tal, que muchas veces resulta difícil, incluso para juristas, acudir a la norma adecuada, o a la que mejor se adecúa a nuestros intereses, pues en determinadas materias los límites competenciales se entrecruzan o son difusos.

El objetivo del presente trabajo, es hacer un análisis de las acciones civiles que caben contra las inmisiones en el hogar familiar, centrándonos en el ruido, y en concreto, en la legitimación activa para entablar la acción que corresponda, y en el carácter privativo o ganancial que tendría la posible indemnización que se obtenga.

Para ello, citaremos las normas que amparan las diferentes acciones que se pueden ejercitar, y la interpretación jurisprudencial de los aspectos relacionados con la legitimación y el carácter de la posible indemnización.

II. LA NORMATIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS INMISIONES EN EL DOMICILIO

1. Normas internacionales

La principal norma de carácter internacional aplicable a la materia que nos ocupa es el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, sobre la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, que en su artículo 8 dice que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, y que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, salvo en determinados casos.

El tenor del artículo deja entrever que la protección que brinda la norma, se entendía referida, al menos en un principio, a los casos de que fuere necesaria la realización de una entrada y registro en un domicilio o la intervención de las comunicaciones privadas, pero con el paso del tiempo y gracias a la interpretación jurisprudencial que se le ha dado al artículo, el halo protector se ha extendido a las inmisiones que pueden afectar ese derecho a que se respete la vida privada y el domicilio (ruidos, olores, radiaciones, etc.).

Es pionera en este sentido la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante STEDH) de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra Reino de España), porque incardina la problemática sobre el ruido en el ámbito de los derechos fundamentales, y en concreto en el derecho de todo ciudadano a que se respete su vida privada y familiar. Con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, vuelve a aplicar esa doctrina en la STEDH de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia), y en la de 1 de octubre de 2001 (caso Halton y otros contra Reino Unido), tratando esta última sobre los ruidos excesivos debidos a la actividad del aeropuerto de Heathrow, y rechazando el argumento esgrimido por Reino Unido de que los daños derivados del ruido que provocaba el tráfico aéreo eran necesarios e inevitables para el interés económico del país, señalando que el Estado debe minimizar las injerencias en los derechos ciudadanos y buscar soluciones alternativas. En este sentido se dicta la STEDH de 16 de mayo de 2004 (caso Moreno Gómez contra el Reino de España), que

plantea una vecina de la ciudad de Valencia por inmisiones por ruido debido a locales de ocio.

La conocida como Sentencia López Ostra motivó que el Tribunal Constitucional español, acogiera sus razonamientos, que aplicó en las Sentencias del Tribunal Constitucional (en adelante SSTC) de 3 de diciembre de 1996, 24 de mayo y 8 de junio de 2001, y 23 de febrero de 2004, sentencias que serán objeto de análisis en el epígrafe 3 (VIGUER SOLER, 2011, 6).

2. Derecho y jurisprudencia de la Unión Europea

La política medioambiental en cuanto al ruido de la Unión Europea, se ha centrado en el establecimiento de niveles máximos de emisión sonora de vehículos aeronaves y máquinas, obligando a implementar procedimientos de certificación que garanticen que los aparatos cumplen en el momento de su fabricación los límites establecidos.

Encontramos la primera mención expresa al ruido en la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de febrero de 1993, sobre un Programa comunitario de política y actuación en materia de medio ambiente y desarrollo sostenible. El objetivo del programa es el logro de un desarrollo sostenible, y resalta el deterioro sufrido por el medio ambiente en el medio urbano como consecuencia de la contaminación, el ruido y el deterioro del patrimonio arquitectónico y de los lugares públicos (http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Al28062).

Posteriormente, el 4 de noviembre de 1996, se publica el Libro Verde de la Comisión Europea sobre Política Futura de Lucha Contra el Ruido, que como se dice en el resumen con que comienza «aspira a estimular el debate público sobre el planteamiento futuro de la política sobre el ruido» (COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, 1996).

Consecuencia de este debate fue la publicación de normas como la Directiva 2000/14/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre emisiones sonoras en el entorno debidas a las máquinas de uso al aire libre, de 8 de mayo de 2000, y la Directiva 2002/30/CE, sobre el establecimiento de normas y procedimientos para la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos comunitarios, de 26 de marzo de 2002.

Pero la primera norma comunitaria que abordó en concreto el tema que nos ocupa fue la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, que fue transpuesta al Ordenamiento jurídico español mediante la publicación de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido, que fue la primera norma de rango legal dedicada en exclusiva a tratar el problema de las inmisiones por ruido, y que comentaremos en el epígrafe 3 (MORETÓN SANZ, 2006, 99).

La Directiva definía unos indicadores de ruido comunes para todos los Estados miembro, definía métodos comunes de evaluación, y fijaba actuaciones diferidas, por ejemplo en su artículo 7 respecto a la elaboración de mapas estratégicos de ruido, y en su artículo 8 respecto a los planes de acción contra el ruido. Estas actuaciones diferidas concretaban fechas tope en las que deberían de haberse elaborado tanto los mapas estratégicos como los planes de acción para los lugares que indica la propia Directiva, que deberían ser accesibles a la población a nivel informativo.

El 1 de julio de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), la Directiva (UE) 2015/996 de la Comisión, de 19 de mayo de 2015, por la que se establecen métodos comunes de evaluación del ruido en virtud de la Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, norma que modifica el Anexo II de la Directiva 2002/49/CE, definiendo el método europeo armonizado de cálculo de niveles de ruido (CNOSSOS-EU), que ha de ser utilizado a partir de diciembre de 2018 para la elaboración de los mapas estratégicos.

Para coordinar la implementación del método se han celebrado varias jornadas técnicas en el Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, la última de ellas el 23 de noviembre de 2016 (http://sicaweb.cedex.es/jornadas.php).

3. Derecho español y su aplicación

La Constitución Española, norma jurídica suprema del Estado, consagra una serie de derechos fundamentales cuyo contenido ha sido delimitado por medio de las Sentencias del Tribunal Constitucional, intérprete de la norma, y que a raíz de la jurisprudencia del TEDH, publicó las SSTC de 3 de diciembre de 1996, 24 de mayo y 8 de junio de 2001, y 23 de febrero de 2004, en las que se considera que los problemas de salud sufridos por una persona a consecuencia de las inmisiones por ruido en su hogar, pueden suponer una violación del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución, y de la intimidad personal y familiar e inviolabilidad del domicilio del artículo 18.

Es pionera la STC de 17 de febrero de 1984, que declara que la interpretación de esta regla de la inviolabilidad del domicilio como ámbito de privacidad, que ha de quedar inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas, impone una extensa serie de garantías y facultades en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La STC de 24 de mayo de 2001, resolviendo el recurso de amparo interpuesto por una vecina de Valencia que invoca la violación de varios derechos fundamentales por las inmisiones en su domicilio de los ruidos que provienen de una discoteca ubicada en los bajos de su edificio, valora si se han conculcado los derechos antes mencionados, y en su Fundamento Jurídico Quinto dice: «En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). Consecuentemente, procede examinar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros valores y derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas».

Respecto a la intimidad personal y familiar destaca que su objeto hace referencia a un ámbito de la vida de las personas excluido «tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros», por lo que ofrece un nuevo y más amplio concepto de intimidad personal y familiar que no queda limitado a la evitación y proscripción de la divulgación de la vida privada o la penetración no autorizada en el ámbito en el que se desarrolla, sino que alcanza cualquier inmisión externa que altere la paz familiar, o cualquier injerencia propia de los «riesgos de una sociedad tecnológicamente avanzada» que constituyen intromisiones ilegítimas frente a las que cabe pedir la tutela judicial.

Considerando entonces que los ruidos pueden violar derechos fundamentales, cabría entender que ese tipo de intromisión es ilegítima a efectos de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en su artículo 7, pues aún cuando dicho precepto no se refiera explícitamente a este tipo de inmisiones, cabe invocar su tutela por el procedimiento del juicio ordinario (art. 53.2 de la Constitución Española en relación con el 249.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Además de los derechos fundamentales comentados, las inmisiones por ruido pueden conculcar otros derechos que recoge la Constitución, como son el derecho a la salud del artículo 43.1, el derecho al disfrute de un medioambiente adecuado del artículo 45.1, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada del artículo 47, e incluso el derecho a la propiedad privada del artículo 33, derechos todos ellos que deben inspirar la actuación de los poderes públicos y cuya salvaguardia se puede conseguir invocando normas que a continuación analizaremos.

La publicación de la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS), Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2003 (número de recurso 2527/1997), explica de forma palmaria la vía de reclamación invocando la responsabilidad civil extracontractual de los artículos 1902 y 1908 del Código Civil, en relación con el artículo 590 de la misma norma (MARTÍ MARTÍ, 2010, 7). De la exégesis de dichos artículos, comprobamos que ninguno de ellos se refiere a los ruidos de forma explícita, pues el artículo 590 establece la prohibición de construir determinadas obras cerca de una pared ajena, y los artículos 1902 y 1908, establecen respectivamente la responsabilidad civil extracontractual (obligación de reparar el daño causado a otro por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia), y la obligación de responder de los propietarios por los daños causados por explosiones de máquinas, inflamación de sustancias explosivas, humos excesivos que sean nocivos, caída de árboles, o emanaciones de cloacas, pero la sentencia mencionada, en su fundamento de derecho quinto, con cita de jurisprudencia anterior, deja claro que son aplicables para las inmisiones por ruido: «En especial, y en relación con los ruidos excesivos, a que se contrae el asunto que examinamos, debe destacarse el número primero, cuya explícita referencia a los humos excesivos, es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello, en el marco de las posibles conexiones con el artículo 590 del Código Civil (subrayamos en este punto la STS de 12 de diciembre de 1980 que relaciona este precepto con el artículo 1908, y formula, por generalización analógica, el principio de exigencia de un comportamiento correcto con la vecindad, así como el de una prohibición general de toda inmisión perjudicial o nociva. Bajo esta conexa, pero diversa concurrencia normativa, no puede extrañar que la Sala de instancia, mencione el artículo 1902, como pilar o posible sustento de aplicación. Y en la jurisprudencia hallamos operaciones de subsunción con distinto apoyo normativo (que, desde luego, no excluyen necesariamente otros). Así, la STS de

3 de septiembre de 1992, que basa su condena sobre la inmisión en la vivienda del actor, de ruidos procedentes de una industria, no reducidos a nivel tolerable, en el artículo 1902; y la STS de 15 de marzo de 1993, que justifica, por el riesgo creado, la aplicación del artículo 1908.2 del Código Civil».

En la mencionada STS de 12 de diciembre de 1980, se indica que en materia de relaciones de vecindad e inmisiones o influencias nocivas en propiedad ajena, el conflicto debe resolverse acudiendo a los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias, atendidas las condiciones del lugar y la naturaleza de los inmuebles, invocando el artículo 1902 y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe, que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908 del Código Civil, dando por sentado que la propiedad no llega más allá de lo que el respeto al vecino determina. También se hace referencia a la doctrina del abuso de derecho que recoge el artículo 7 del Código Civil, y que prohíbe el ejercicio de un derecho subjetivo que, pese al reconocimiento que el orden jurídico le presta y aunque el mismo se adapte a la normativa legal que lo concibe y regula, en su proyección práctica viene a traspasar los límites naturales que imponen unos insobornables principios de equidad y buena fe, rectores del ordenamiento jurídico, lesionándose unos intereses ajenos, no como naturales efectos de toda colisión de derechos, sino como consecuencia de una cierta antisocialidad de aquella acción. De esta manera, y aunque el Código Civil no tiene una norma general de toda inmisión perjudicial, se reconoce el ejercicio de la acción negatoria frente a estas.

Hace también referencia al concepto de acción negatoria la STS de 11 de noviembre de 1988, que la define como: «aquella que compete al propietario de una finca para defender la libertad de su dominio, declarándose la inexistencia de gravámenes sobre el mismo, frente a quien pretende ser titular de un *ius in re aliena* que lo limita, o al menos que se comporta como tal».

Otra vía posible de reclamación, en este caso de utilidad en viviendas en régimen de propiedad horizontal, es la establecida en el artículo 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (LPH), que permite al presidente a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerir a los propietarios u ocupantes de pisos o locales, que cesen en la realización de actividades que estén prohibidas en los estatutos, resulten dañosas para la finca, o contravengan la normativa sobre actividades nocivas, peligrosas, molestas, insalubres o ilícitas, con el apercibimiento de iniciar las acciones judiciales que procedan, acción que necesita del acuerdo de la Junta de propietarios para ser entablada, y que puede finalizar por sentencia que además de la obligación de cesar en la actividad, disponga la indemnización que proceda o incluso prive del derecho de uso del inmueble por tiempo no superior a tres años (VIGUER SOLER, 2011).

El artículo 7.2 de la LPH, permite exigir la cesación de la actividad molesta tanto al propietario del inmueble como al ocupante del mismo, evitando con ello problemas de legitimación pasiva en caso de viviendas o locales ocupados por un título distinto al de propietario, así, a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de diciembre de 2005, permite a la Comunidad de propietarios instar la resolución del contrato de arrendamiento de un vecino que causaba molestias ante la negativa del propietario a resolverlo.

Acción similar se recoge en el artículo 27.2.e de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (LAU), que faculta al arrendador para resolver de pleno derecho el contrato cuando en la vivienda se desarrollen ac-

tividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, tratándose de una variante de la causa de resolución que recogía la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 eliminando la palabra inmoral y añadiendo la de ilícito.

A la hora de valorar que actividades se pueden considerar nocivas, insalubres o peligrosas, se ha utilizado de forma habitual el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (RAMINP), actualmente derogado por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, si bien, la propia disposición derogatoria de la Ley indica que el RAMINP mantendrá su vigencia en aquellas comunidades o ciudades autónomas que no tengan aprobada normativa en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa.

Con la aplicación de esta normativa existen pocas dudas para calificar una conducta como insalubre, nociva o peligrosa, pero lo que es más subjetivo es la calificación de una conducta como molesta, que habrá de ser valorada caso por caso por la autoridad judicial, por lo que es aconsejable para el arrendador, que si desea excluir determinadas actividades del inmueble objeto del contrato, pacte de forma expresa que su ejercicio será causa de resolución a tenor de lo establecido en el artículo 1124 del Código Civil.

Respecto al concepto de ilicitud, no se debe confundir esta con la existencia o no de licencia administrativa para el ejercicio de una actividad.

La jurisprudencia exige los siguientes requisitos:

— Se puede determinar una actividad como molesta, incómoda, insalubre o peligrosa, en cada caso, sin que sea preciso para la resolución contractual que todas las circunstancias concurran conjuntamente, y deben derivar de una situación proveniente del uso de la cosa.
— Las actividades deben de llevarse a cabo en el interior del inmueble de manera notoria, considerando notoriedad la evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad (STS de 20 de abril de 1967), por lo que no bastan uno o varios actos concretos más o menos incómodos o molestos, sino que se necesita además de cierta intensidad, que los actos pertenezcan a una misma serie y se realicen con cierta continuidad.
— Ha de existir un sujeto pasivo determinado al que la actividad molesta, nociva, insalubre o peligrosa pueda perjudicar, que sea la persona que habita en la finca, sin que se refiera a personas no determinadas (SSTS de 7 de octubre de 1964 y 20 de abril de 1967).
— En cuanto a la entidad de la conducta molesta, basta con que sea desagradable para quien habite el inmueble o haya de permanecer en él, sin que sea necesario que sea insufrible o intolerable, pero sí que ha de suponer una afectación de cierta entidad para la convivencia pacífica.
— La actividad ha de causar una alarma social en el entorno del inmueble, correspondiendo la carga de la prueba a quien alega la molestia, entendiéndose como notoriamente incómodo lo que perturba aquello que es corriente en las relaciones sociales (STS de 16 de julio de 1994).

Continuando el análisis en torno a las posibles vías de reclamación, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LOE), en su artículo 3.c.2, que habla de los requisitos básicos de la edificación, establece como requisito relativo a la habitabilidad que el edificio goce de protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

Dicho artículo ha sido invocado ante los tribunales, y por ello ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto el Tribunal Supremo, siendo ilustrativa la STS de 22 de abril de 2013, en la que se ventila la demanda de una comunidad de propietarios y varios propietarios contra la empresa constructora, contra los dos arquitectos superiores y contra un arquitecto técnico que habían intervenido en la construcción de un edificio, a fin de que se declarara la responsabilidad solidaria o la responsabilidad personal e individualizada de los demandados, por los defectos de construcción a que se hacía referencia en la demanda, siendo uno de ellos un fallo de insonorización de viviendas.

La Sentencia de instancia, estimó la demanda, y fue apelada por ambas partes, siendo de interés para el tema que nos ocupa el Fundamento de Derecho 12 de la Sentencia de apelación, cuyo tenor literal dice: «En primer lugar, si existe un déficit de aislamiento de los muros, de modo que se puede escuchar todo lo que se habla o realiza en la vivienda colindante (los testigos fueron elocuentes), se produce el defecto que, si bien pudiera ser de diseño, también lo es de dirección de ejecución, pues al técnico que recurre, si la insonorización le parece insuficiente, debe advertirlo al arquitecto superior para que este individualmente, o en conjunto con el aparejador, ponga las medidas suficientes para evitar tal anomalía constructiva. No se infringe la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión, pues el defecto aludido se encuentra ente los que se refiere el artículo 3.c.2 y 4 de la LOE. El aislamiento acústico supone una incomodidad grave para los ocupantes de las viviendas que perciben los sonidos, ruidos y conversaciones de los colindantes; afecta a la falta de intimidad; produce un incordio constante, etc., aunque no le sea aplicable la Ley 37/2003 de 17 de noviembre, artículo 2.a. Naturalmente que son los técnicos de la dirección facultativa a quienes compete vigilar que se cumplan todas las reglas para la insonorización de las paredes medianeras, separadoras de las viviendas (*vid.*, SSTS de 24 de julio de 2006, 22 de junio de 2006, 24 de mayo de 2006, 15 de noviembre de 2005, 10 de octubre de 2005, 25 de octubre de 2004, 3 de abril de 2000 y 22 de diciembre de 2006, entre otras muchas)».

Así, los defectos de construcción que son causa de tener que soportar inmisiones por ruido en el interior de viviendas, también son susceptibles de reclamación a fin de que sean reparados o indemnizados.

Otra norma a la que recurrir, y en el mismo sentido de la anteriormente citada, es el artículo 5.a del vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, que dice que todos los ciudadanos tienen derecho al disfrute de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.

El último texto a que haremos referencia es la Ley 37/2003, de 27 de noviembre, del ruido, primera norma estatal de rango legal que trataba de forma exclusiva las inmisiones acústicas, pues las anteriores lo hacían de forma tangencial (como la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección del medio ambiente atmosférico o la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación).

La Ley del ruido, define la contaminación acústica en su artículo 3.d como «la presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza,

o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente». Hay que destacar que la Ley no es aplicable a las inmisiones sonoras que provengan de actividades domésticas o de comportamiento del vecindario, pero sí lo es respecto a actividades comerciales o industriales.

La Ley, ha sido desarrollada por el Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, y el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre.

III. LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES FRENTE A LAS INMISIONES

Para abordar la problemática de la legitimación a la hora de reclamar el cese de las inmisiones por ruido en el hogar tendremos que estudiar requisitos que establecen normas como la LPH o la LAU, pero con carácter previo y con efectos en la posible indemnización que se pueda pedir si se acredita que la inmisión ha causado daños susceptibles de ser resarcidos, sería conveniente apuntar que el artículo 71 del Código Civil, de forma palmaria dice que «ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida».

Según el mencionado artículo del Código Civil, si lo que se pretende es que cesen las molestias por ruido que perturban la tranquilidad familiar, bastaría con que iniciara las acciones oportunas uno de los cónyuges, pero para el caso de que se pretendiera reclamar una indemnización por los daños producidos por la inmisión, habría que tener en cuenta quien de los dos cónyuges ha sufrido esos daños, es decir, la titularidad de lo dañado, y para el caso de daños personales, como trastornos de carácter psicológico, etc., estaría legitimado para demandar quien los hubiera sufrido.

Es el caso que resuelve el Dictamen 261/2002, de 3 de octubre, del Consejo Consultivo de Andalucía en el que un perjudicado, inicia una reclamación de responsabilidad patrimonial contra un Ayuntamiento por ruidos y molestias derivados de unas oficinas públicas, interesando también el resarcimiento de su cónyuge, pero el Consejo concluye que «respecto de la legitimación hay que tener en cuenta que se reclama no solo por los daños físicos y psíquicos propios sino por los de quién según el reclamante es su cónyuge, pero no solo es que esto no se acredita, sino que incluso aunque así fuese, hay que tener en cuenta que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida».

La LPH, cuando en su artículo 7 hace referencia a la acción de cesación de actividades molestas, determina la legitimación activa de la Comunidad de propietarios, a través de su presidente, previo acuerdo adoptado en Junta de propietarios y acompañando acreditación del requerimiento fehaciente de cese en la actividad al infractor.

El Tribunal Supremo exige para apreciar esa legitimación que se cumplan los requisitos de dicho artículo, e incluso en otro tipo de acciones ha exigido que el presidente actúe con la previa autorización de la Junta de propietarios, así, la STS 422/2016, de 24 de junio de 2016, en su Fundamento de Derecho cuarto dice: «Según esta doctrina, aunque la LPH únicamente exige de modo expreso el acuerdo previo para que el presidente pueda ejercitar acciones judiciales en defensa de la Comunidad de propietarios en los supuestos de acción de cesación de actividades prohibidas por los estatutos que resulten dañosas para la finca (art. 7.2 LPH) y de reclamación de cuotas impagadas (art. 21 LPH), esta sala ha entendido que no resulta razonable sostener que la facultad de representación que se atribuye de modo genérico al presidente le permita decidir unilateralmente

sobre asuntos importantes para la Comunidad, entre los que la citada STS de 27 de marzo de 2012 considera comprendida precisamente la realización de obras en elementos privativos de un comunero que comporten alteración o afectación de los elementos comunes. Es decir, pese a que la Ley de Propiedad Horizontal reconozca al presidente de la Comunidad de propietarios la representación de la misma en juicio y fuera de él, la jurisprudencia ha matizado que esto no significa que esté legitimado para cualquier actuación por el mero hecho de ostentar el cargo de presidente ya que no puede suplir o corregir la voluntad de la Comunidad expresada en las Juntas ordinarias o extraordinarias (Sentencia 659/2013, de 19 de febrero, citada por la más reciente 622/2015, de 5 de noviembre)».

Hay que señalar que la jurisprudencia ha admitido con carácter habitual que ejercite la acción un propietario si lo hace en beneficio de la Comunidad, sobre todo si se ha apreciado la pasividad de la propia Comunidad o de su presidente (SSTS de 13 de diciembre de 1999 que cita las de 6 de junio de 1997, 3 de marzo de 1998 y 7 de diciembre de 1999, y SSTS de 14 de octubre de 2004 y 10 de abril de 2003 que cita a las de 16 de abril de 1996, 8 de julio de 1997, 11 de diciembre de 1998 y 7 de diciembre de 1999).

La STS de 10 de abril de 2003, en su Fundamento de Derecho tercero dice: «El motivo se rechaza porque el tema suscitado quedó firme en la primera instancia, y además resulta evidente que la actora pide el levantamiento del embargo respecto de la totalidad de la finca, y no respecto de una tercera parte indivisa, y que tal pretensión es beneficiosa para toda la Comunidad, por lo que es de aplicación la doctrina de esta Sala que legitima a cualquiera de los comuneros para actuar en beneficio de la Comunidad (Sentencias de 16 de abril de 1996, 8 de julio de 1997, 16 de febrero y 11 de julio de 1998, 29 de noviembre y 7 de diciembre de 1999, entre otras), aunque ello no se haga constar específicamente (Sentencias de 21 de junio de 1989 y 11 de diciembre de 1993)».

La STS de 14 de octubre de 2004, en su Fundamento de Derecho cuarto dice: «La LPH, si bien se integra o rige por normas de derecho necesario, como se deduce de su disposición transitoria primera y del artículo 396, párrafo último, del Código Civil, no obstante, la libertad de contratación que reconoce el artículo 1255 del mismo Código y la obligatoriedad de los pactos y de los acuerdos legalmente adoptados, con todas las consecuencias que de ellos se deriven según su naturaleza, y sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, tiene plena aplicación a esta esfera jurídica. En este sentido se han manifestado las Sentencias de esta Sala de 16 de mayo de 1967, 12 de noviembre de 1969, 20 de marzo de 1970, 27 de abril de 1976, 31 de enero de 1987 y otras; de cuya doctrina, aunque referida a aspectos relativos a elementos comunes y otros, se deduce la obligatoriedad de los acuerdos, en tanto que, como en el caso debatido, lo consientan las disposiciones legales y no se contravengan las normas de derecho necesario. Las consideraciones expuestas, que alcanzan para la mejor comprensión de la desestimación ya hecha de los dos primeros motivos de este recurso, se subrayan como marco jurídico general de cualquier problema relacionado con la Ley de Propiedad Horizontal, como el que plantea este tercer motivo; y a tal efecto se han destacado. Pero la solución desestimatoria resulta inexcusable. Cualquiera de los condueños está legitimado procesalmente para ejercitar acciones en beneficio de todos los comuneros (Sentencias de 9 de febrero y 28 de octubre de 1991 y 15 de julio de 1993). La STS citada de 9 de febrero de 1991, especifica que cualquiera de ellos puede, en legítima defensa de sus intereses, promover acciones o excepcionar cuantos medios jurídicos a su alcance puedan asistirle, habida cuenta de que a tenor de esa misma doctrina los resultados perjudiciales

no vinculan a los demás copropietarios. Por otra parte en Sentencia también citada de 15 de julio de 1992, se expresa lo siguiente: "no es preciso que los copropietarios sometan, previamente al ejercicio de las acciones que les correspondan, la cuestión a la Junta de propietarios, pues ningún precepto lo establece así y no puede imponérseles tal limitación, cuanto más cuando ningún perjuicio puede seguirse a la Comunidad de que se entable un litigio en beneficio de los intereses generales de los copropietarios"».

Algunas resoluciones limitan la legitimación activa del comunero (reconociendo solo la de la Comunidad a través del presidente) aunque admiten esa legitimación frente a las conductas que le perjudican de forma directa, pudiendo invocar el cese de la molestia a través de las acciones de los artículos 7.2 LPH, y 590 y 1908.2 del Código Civil (SAP Madrid de 14 de octubre de 2008, SAP Burgos de 25 de junio de 2003, SAP Las Palmas de 22 de abril de 2005 y SAP León de 17 de noviembre de 2009).

La SAP Burgos de 25 de junio de 2003, en su Fundamento de Derecho segundo dice que: «El criterio de la sentencia del Juzgador *a quo* se comparte plenamente. Tal y como está redactado el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, en su redacción dada por la Ley 8/1999, la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación corresponde en exclusiva al Presidente de la Comunidad, lo que no quiere decir otra cosa que la legitimación es de la propia Comunidad de Propietarios, pues es esta una materia, como en otras, en las que el Presidente interviene por la representación que le reconoce el artículo 13.3 de la Ley. Así se desprende del hecho de que el Presidente tenga que contar con la autorización de la Junta de Propietarios, debidamente convocada al efecto, que decidirá por mayoría el ejercicio de la acción de cesación. En ninguna parte se reconoce a los propietarios individualmente considerados legitimación suficiente para ejercitar por su cuenta dicha acción, además de que buena parte de los requisitos previos a su ejercicio no están pensados para un ejercicio individual y sí colectivo de la misma. Toda la iniciativa de su ejercicio se hace descansar en el Presidente y en la Junta, en el primero para presentar la demanda y para requerir con carácter previo la cesación de la actividad, y en la Junta para autorizar el ejercicio de la acción. A los propietarios individuales solo se les reconoce la facultad de dirigirse al Presidente para que haga el requerimiento. Como decíamos en nuestra sentencia número 648 de 17 de noviembre de 2000 resulta discutido cuáles son los remedios que se ofrecen a un propietario cuando el resto no está conforme, ya sea en requerir al propietario molesto o incómodo para que cese en la actividad que realiza, ya sea para ejercitar contra él la acción del artículo 7. Un nuevo examen de lo que se dijo en aquella sentencia, que además recayó en un juicio anterior entre los mismos propietarios contra la Comunidad del edificio, nos reafirma en la opinión de que lo único que puede hacer ese propietario que no está conforme con la mayoría es impugnar el acuerdo de la Junta denegatorio del ejercicio de la acción de cesación, pero no ejercitarla por su cuenta y riesgo. Precisamente en aquellos autos lo que se ejercitó fue esa acción de impugnación del acuerdo de la Junta de Propietarios, no favorable al ejercicio de la acción de cesación, y la sentencia fue desfavorable a las pretensiones de los aquí demandantes. Como segunda alternativa vuelven ahora los mismos propietarios a demandar a los propietarios del local para ejercitar contra ellos la acción de cesación. Hay que señalar que esta segunda alternativa es rechazada por la generalidad de la doctrina. Solamente en casos excepcionales, en los que el Presidente o la Junta de Propietarios demuestran una total pasividad, no requiriendo al propietario infractor ni convocando la Junta preceptiva, algunos autores sostienen que el propietario

puede, si no ejercitar la acción de cesación por sí mismo, sí formular demanda en ejercicio de una acción de responsabilidad por culpa extracontractual. Pero aquí no se da el caso de que la Comunidad se haya mostrado pasiva al respecto, pues fue ella misma la que ejercitó en su día la acción del artículo 7, con el resultado de obtener una sentencia condenatoria al cierre del negocio por plazo de un año, si bien posteriormente decidió no ejecutar esa sentencia debido a las obras de insonorización realizadas y a la obtención de un determinado acuerdo transaccional». La misma sentencia apunta que el cauce procedimental oportuno si la Junta de propietarios aprueba no autorizar al presidente para ejercer la acción de cesación en representación de la Comunidad, es impugnar ese acuerdo, pero en ningún caso instar esa acción de cesación por el propio comunero, que solo podría hacerlo en casos de pasividad.

La SAP Las Palmas, de 22 de abril de 2005, en su Fundamento de Derecho segundo dice: «Como es de ver de la recta inteligencia del artículo 7.2 de la LPH, puede establecerse una primera conclusión, cual es, que en principio la legitimación para el ejercicio de la acción de cesación corresponde a la Junta de Propietarios a través de su presidente y no a un comunero o propietario aisladamente. A ello se une además, la necesidad de cumplir unos requisitos previos de procedibilidad, ante la realización de una de las actividades que conforman el supuesto de hecho, antes de acudir a la vía judicial, y que son: 1. Que el presidente requiera al infractor, a iniciativa propia o de cualquiera de los ocupantes, para la cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes, siendo este previo requerimiento un requisito formal necesario de orden público para poder entablar la acción judicial, y 2. Para el caso de que el requerimiento no surta efecto, tal y como resulta del párrafo 4° del artículo 7, el acuerdo de la Junta de propietarios convocada al efecto, acuerdo que en todo caso legitimará a la Junta, a través de su presidente frente al comunero u ocupante autor de la actividad prohibida para la interposición de la correspondiente demanda. En el supuesto concreto enjuiciado, no se han cumplido los trámites o requisitos extrajudiciales previos enunciados. Ni ha existido el requerimiento por parte del Presidente a los demandados para la inmediata cesación de las actividades prohibidas con el apercibimiento correspondiente, ni consta tampoco el acuerdo de la Junta de Propietarios para el fin concreto de cumplir los trámites previos al ejercicio judicial de la acción de cesación.

A tal efecto carece de virtualidad el simple requerimiento dirigido por el actor que por lo demás y como ha quedado expuesto, no estaría legitimado para el ejercicio de la acción, al Presidente de la Comunidad con el fin de que este a su vez requiriera a los demandados, ni tampoco el realizado directamente por el actor a los demandados, para que cesaran en la actividad desarrollada en el inmueble a que se contraen las actuaciones, toda vez que lo relevante es el requerimiento del presidente por propia iniciativa o por exigencia de la Junta, al comunero u ocupante presunto autor de la actividad, de cesar en ella, concediéndole un plazo prudencial y, para el caso de que la actividad no cese, convocar expresamente Junta de Propietarios para tratar de este asunto, extraordinaria o, en su caso, aprovechar la ordinaria con la debida separación y, verificado, entablar la demanda acompañando con la misma la documentación necesaria justificativa del cumplimiento de estos requisitos. La ausencia de los anteriores presupuestos, el último considerado por la Ley, por la doctrina y por la jurisprudencia como requisitos formales, que afecta a la procedibilidad, determinan la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida, sin necesidad de entrar a examinar el resto de los motivos de la apelación alegados por los apelantes. Por

consiguiente debe absolverse a los demandados de la pretensión del actor, dejando sin efecto el pronunciamiento sobre las costas de primera instancia, habida cuenta las circunstancias que han determinado la desestimación de la demanda».

La SAP León, de 17 de noviembre de 2009, admite la legitimación de un comunero ante la pasividad de la Comunidad de propietarios para evitar su desprotección, así, en su Fundamento de Derecho segundo dice: «La Sentencia recurrida argumenta en primer lugar que el actor carecería de legitimación activa para el ejercicio de la acción que correspondería a la Comunidad de Propietarios, motivo por el que debería desestimarse su pretensión que posteriormente considera igualmente no justificada en cuanto al fondo. El artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal, tras declarar que al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, nocivas, peligrosas o ilícitas, contempla la acción de cesación de esas actividades que puede ejercitar el Presidente de la Comunidad de Propietarios, y que puede extenderse a la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad, y a la extinción de los derechos relativos a la vivienda o local, así como su lanzamiento, cuando el infractor no fuese propietario. Lo que argumenta la Sentencia es que, ante el desarrollo por un propietario u ocupante de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal de actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas, solo podría ejercitarse la acción de cesación por el Presidente de la Comunidad de Propietarios, respetando los requisitos establecidos en el precepto, pero no por un copropietario que se viera afectado (como es el caso) por aquellas actividades, y hay que reconocer que la cuestión ha sido controvertida. A juicio de este Tribunal de Apelación, cuesta mucho aceptar que quien sea titular de un derecho subjetivo, como es el copropietario afectado directamente por las actividades molestas, carezca de acción para hacer valer su derecho y tenga que ser una entidad diferente, la comunidad de propietarios, la que decida ejercitar o no la acción. A nuestro entender la interpretación de lo establecido en el artículo 7.2, párrafos segundo y tercero, en relación con el primero, de la Ley de Propiedad Horizontal, ha de hacerse, sobre todo, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en este caso, con criterio más espiritualista que formalista, eludiendo, por tanto, una exégesis literal que, llevada a sus últimas consecuencias, impida la aplicación del principio de tutela judicial efectiva al que todas las personas tienen derecho (art. 24.1 de la CE). Consta que el actor, en varias reuniones de propietarios de la Comunidad, venía planteando sus problemas por los ruidos que procedían de la vivienda de la demandada a la que también requirió en diversas ocasiones para que tomara las medidas oportunas, sin que la Comunidad adoptara ningún acuerdo al respecto y acudió a otros organismos en defensa de sus derechos. Pues bien, por lo que se desprende de autos, al final, la inercia siguió a la solicitud formulada frente a la Comunidad, pues ni el Presidente hizo algo al respecto, ni tampoco la Comunidad, adoptó el acuerdo de ejercitar la acción. Ante tal postura remisa, pues ya en la Junta Ordinaria del día 22 de enero de 2004 se incluyó como punto cuarto del orden del día el escrito del propietario del 3.ºB respecto al tema del «ruido en su vivienda, adopción del acuerdo que proceda», decidiendo mayoritariamente los propietarios desestimar la contratación de un perito al creer que «el problema es particular de los afectados», por lo que no cabe sino aplicar la reiterada doctrina jurisprudencial de que, entonces, estarían facultados para recabar la protección

de los Tribunales, los partícipes en la comunidad para evitar que quién sufriese perjuicio en sus derechos y no fuese asistido por quienes debiesen velar por ellos, quedase, a la postre, desprotegido jurídicamente».

La SAP Madrid, de 14 de octubre de 2008, en su Fundamento de Derecho tercero dice: «A nuestro juicio, cuesta mucho aceptar que quien sea titular de un derecho subjetivo, como es el copropietario afectado directamente por las inmisiones o actividades molestas, insalubres, etc., carezca de acción para hacer valer su derecho y tenga que ser un ente distinto, la comunidad de propietarios, la que decida ejercitar o no la acción. Parece más razonable entender, en nuestra opinión, que el precepto lo que regula son los requisitos de la acción de cesación que pudiera ejercitar la Comunidad de Propietarios, así como de la acción, con un cierto matiz sancionador, para la privación del uso de la vivienda o local al propietario infractor o para la extinción de los derechos relativos a la vivienda o local, y su lanzamiento, al ocupante infractor no propietario, pretensiones estas últimas para las que carece de legitimación el copropietario afectado por la actividad ilícita, al que, sin embargo, se le debe reconocer legitimación propia para ejercitar la acción de cesación de la actividad ilícita que le afecte directamente; habiéndolo entendido así la STS de 14 de octubre de 2004 y la SAP de Segovia, sección 1.ª de 21 de octubre de 2005. Este Tribunal había analizado en dos ocasiones aspectos laterales de la cuestión, pero que no condicionan el actual pronunciamiento. En la Sentencia de 9 de marzo de 2004 se había ejercitado la acción de cesación del artículo 7.2 de la LPH por una Comunidad de Propietarios sin cumplir los requisitos establecidos en el precepto, y en la Sentencia de 6 de junio de 2006, aunque el demandante era un copropietario la acción ejercitada era la prevista en el artículo 7.2 de la mencionada Ley, hasta el punto de que se interesaba la privación durante un año del derecho dominical del piso a los demandados o la resolución, en su caso, de los contratos de arrendamiento, con lanzamiento de los demandados. Consideramos, pues, que el demandante ostenta legitimación para ejercitar la acción de cesación de las inmisiones ilícitas que directamente le perjudican».

IV. CARÁCTER PRIVATIVO O GANANCIAL DE LA POSIBLE INDEMNIZACIÓN

A todas las acciones en aras a la protección del núcleo familiar frente a las inmisiones externas, les suele acompañar la petición de una indemnización que resarza los daños sufridos por haberlas soportado, indemnizaciones que se pueden reclamar por diferentes motivos, desde la pérdida de valor de la vivienda que sufre la inmisión, a lesiones físicas o psicológicas, o al daño moral sufrido por las personas que habitan en su interior, y es que, según la línea jurisprudencial seguida, entre otras, en SSTS de 22 de mayo y 3 de noviembre de 1995, se puede englobar en el concepto de daño moral toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia de la inmisión, y como se decía en la de STS de 14 de diciembre de 1996 que trataba un supuesto de responsabilidad extracontractual, el sufrimiento físico o espiritual, debe originar también una reparación que proporcione en la medida de lo posible una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado.

La STS de 31 de mayo de 2000 establece que la situación básica que puede dar lugar a un daño moral consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. También la jurisprudencia más reciente se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (STS de

23 de julio de 1990), la impotencia, la zozobra, la ansiedad, las angustias (STS de 6 de julio de 1990), la zozobra como sensación anímica de inquietud, la pesadumbre, el temor o el presagio de incertidumbre (STS de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, el impacto emocional y la incertidumbre consecuente (STS de 27 de enero de 1998). En lo que se refiere a las relaciones vecinales, la STS de 27 de julio de 1994, considera daño moral el ataque al sosiego y legítimo disfrute en paz de los bienes que se han adquirido conforme a la ley, y han de ser disfrutados por su posesión pacífica y debidamente respetada por todos. La STS de 29 de abril de 2003 proclama un concepto sobre el que no cabe la inmisión, que es el derecho a ser dejado en paz.

Los artículos que constituyen la clave de bóveda para el estudio del carácter privativo o ganancial de la indemnización que se obtuviera por los daños causados a la unidad familiar, son el 1346 y 1347 del Código Civil.

El artículo 1346.6 consagra como bien privativo el resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos (LASARTE ÁLVAREZ, 2016, 185-186).

Así, sería pacífico admitir que en casos de daños causados por inmisiones en el hogar familiar, que afecten a uno de los cónyuges en su esfera personal (supongamos secuelas de carácter médico derivadas de una inmisión por ruido), la indemnización que se obtuviera sería privativa del cónyuge que ha sufrido el daño, que además sería el legitimado para reclamar. Pero para el caso de que los daños que se reclamaran se hubieran sufrido en el inmueble (por ejemplo, grietas debidas a una inmisión por vibraciones), habría que tener en cuenta el carácter de ese inmueble (privativo o ganancial), pues este carácter es el que nos va a determinar tanto la legitimación para reclamar por esos daños como el carácter de la indemnización que se obtenga. Por ejemplo, en el caso de un matrimonio con régimen económico de separación de bienes, estarían legitimados para reclamar por los daños en el inmueble ambos cónyuges, y la indemnización que se obtuviera sería privativa de cada uno con arreglo a su cuota parte de propiedad del inmueble, y en el caso de un matrimonio casado en régimen económico de gananciales, estarían legitimados para reclamar ambos cónyuges, y la indemnización sería igualmente ganancial (pues no resarce daños inferidos a la persona, sino daños al inmueble que constituye la vivienda familiar, de carácter ganancial).

El artículo 1347 del Código Civil, en su apartado 1, consagra como gananciales los bienes obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges, lo que ha conducido a diferentes interpretaciones del precepto, pues hemos apuntado que el resarcimiento de un daño en la persona de un cónyuge sería privativo, pero si el resarcimiento fuera causa del menoscabo para el trabajo que supone el daño, cabría interpretar que la indemnización sustituye esa menor fuerza productiva para el trabajo, paliando la disminución de los ingresos del trabajo, y por tanto, como bien obtenido del trabajo, sería ganancial.

Analicemos a continuación algunas sentencias que ventilan litigios en torno a la controversia entre el carácter privativo o ganancial de ciertas indemnizaciones.

En la STS, Sala 2, de 20 de octubre de 1987, se condena a un policía municipal como autor de un delito de homicidio con la eximente incompleta de legítima defensa, a la pena correspondiente, y al pago de dos millones de pesetas a la madre del fallecido, siendo responsable civil subsidiario del pago el Ayuntamiento de Bilbao. El homicidio se produce a consecuencia de un forcejeo en el transcurso de una persecución, y el fallecido es un varón que vivía con sus padres.

El padre del fallecido ya había recibido una indemnización del Ayuntamiento de Bilbao, y renunció a cualquier indemnización posterior, por lo que los recu-

rrentes cuestionan el pago de indemnización a la madre, considerando que ya fue pagada al padre. La Sentencia, en su Fundamento de Derecho dice: «Dicha transacción, y consiguiente renuncia, solo afecta a don Óscar, y no a su esposa, ni interviniente en el acto, ni representada por su esposo, no habiendo aprobado la gestión del mismo ni expresa ni tácitamente, habiendo de recordarse que, de acuerdo con el artículo 1.346, número 6, del Código Civil, el importe del resarcimiento o indemnización por daños sufridos a la persona de un cónyuge tiene carácter de bien privativo del mismo; y que ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida (art. 71 del Código Civil). En consecuencia de todo ello, vivo el derecho de doña Cecilia a recibir indemnización por la muerte de su hijo, solo el Ministerio Fiscal ha postulado para ella, en el ejercicio de la acción civil inherente a la penal…».

Reconoce con ello, que el resarcimiento por el daño causado en la esfera personal, es privativo de cada cónyuge, y él es el legitimado para reclamarlo o para transigir.

La STS, Sala 1, de 25 de marzo de 1988, resuelve la controversia entre considerar una indemnización por incapacidad permanente absoluta como bien de conquistas (análogo a ganancial en Derecho Foral Navarro), o privativo. El albacea testamentario del fallecido, que había recibido la indemnización, entiende que es privativa, pues resarce de un daño sufrido en la esfera personal, cual era la declaración de la situación de incapacidad permanente absoluta como resultado de una insuficiencia cardíaca, y la viuda, entendía que la indemnización era bien de conquistas, pues fue resultado de la relación de trabajo con la empresa y se generó al amparo de la misma, pues la póliza de seguro fue contratada por la empresa.

En su Fundamento de Derecho segundo, razona el carácter ganancial de la indemnización, pues «al no tener la indemnización discutida su fundamentación en un resarcimiento de daños, sino en una póliza de seguro contra el riesgo de invalidez permanente absoluta para el trabajo, no puede acogerse al número 6 del artículo 1346 del Código Civil, referido como su texto indica a los daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos, todo ello aun considerando que la normativa del Código Civil tiene en este punto aplicación supletoria a Navarra por virtud de lo dispuesto en la Ley 91 de la Compilación de dicha región foral. De todo lo cual se deduce que no hubo infracción de la Ley 83 del Fuero Nuevo o Compilación, ni de la Ley 91 del mismo Cuerpo Legal, pues ni consta la pertenencia privativa de la indemnización litigiosa, y por tanto se presume de conquistas, ni hay inconveniente para acudir como criterio interpretativo a las normas del Código Civil siguiendo el mandato de la Ley citada 91».

Así, resuelve que la indemnización recibida por la declaración de incapacidad para el trabajo, satisfecha por la aseguradora contratada por su empresa, ha de considerarse como un bien procedente del trabajo, y no del resarcimiento de daños personales, y lo resume el Fundamento de Derecho tercero: «la indemnización percibida o reconocida al fallecido señor Basterrechea no se concibe sino como rendimiento o producto, al menos indirecto, de su trabajo, y tiene un carácter económico y transmisible que no puede identificarse con su derecho personalísimo a trabajar, ni con los bienes inherentes a su persona que son intransmisibles y se extinguen por su muerte».

En sentido contrario, la SAP Granada 801/97, Sección tercera, de 18 de octubre de 1997, respecto a una indemnización a uno de los cónyuges la reputa privativa como resarcimiento de un daño en su persona, aunque es cierto que ese

daño puede desembocar en una menor capacidad de trabajo, así, en su Fundamento de Derecho primero dice: «en cuanto a la indemnización por secuela, nada menos que afectante al órgano de la vista y de manera progresiva hasta poder perderla, no hay duda alguna que entra en ese concepto al tratar de reparar un perjuicio exclusivamente personal, es obvio que reduce esa disminución física la posibilidad de obtener frutos de su trabajo, que de conseguirlos entrarían en el concepto de gananciales, pero se compensaría con el usufructo de su carácter de privativo, es dudosa la correspondiente a los días de incapacidad, pero al no acreditarse que fue debida a pérdida de salarios u otros gananciales, y dada la cantidad, 3.500 pesetas diarias, se estima corresponde al daño personal por ese periodo de curación».

La más moderna STS 520/2001, Sala Primera, de 29 de mayo de 2001, declara la indemnización de una madre por el fallecimiento de su hijo en accidente de tráfico como privativa, sin que la deba de compartir con el marido, al que no representaba, y que no demandó a la compañía aseguradora. El matrimonio llevaba años separado cuando se produjo el fallecimiento del hijo, lo que refuerza que en ningún caso pueda entenderse ganancial la indemnización. Así lo refleja el Fundamento de Derecho tercero: «No debe olvidarse que la Sra. Ana había formulado su acción a título personal y haciendo constar su condición de separada. No representaba a su esposo ni podía hacerlo, tanto en atención a lo dispuesto en el artículo 71 del Código Civil como por el efecto que determina el núm. 2 del artículo 102 del mismo, como consecuencia legal de la admisión de la demanda de separación. Finalmente, no cabe pensar en la posible ganancialidad de la indemnización por la misma percibida, tanto por establecer el artículo 1346.6 del Código Civil el carácter privativo de la misma, como porque, en cualquier supuesto, la sociedad de gananciales se hallaba disuelta desde varios años antes del fallecimiento del hijo del matrimonio, a tenor de lo prevenido en el artículo 1392.3 de dicho Cuerpo legal».

V. CONCLUSIONES

I. Las posibles vías para conseguir el cese de las inmisiones en el hogar familiar y, en su caso, la indemnización del daño que se haya producido, son variadas, pues hay diferentes normas en el Ordenamiento jurídico español que pueden ser invocadas y procedimientos que pueden ser utilizados.

II. En cuanto a la legitimación para conseguir que cese la inmisión, dependerá de la norma que se invoque, pues si se trata de un inmueble en un edificio de régimen de propiedad horizontal, y se desea interponer una acción de cesación recogida en la LPH, el legitimado será el presidente de la Comunidad, con la autorización de la Junta de propietarios y tras haber requerido para el cese de la actividad molesta al comunero, pero si se ejercitan acciones para el cese de la inmisión invocando el artículo 590 del Código Civil, el legitimado será el perjudicado, siendo de interés valorar la necesidad de demandar de forma conjunta ambos cónyuges si se va a solicitar una indemnización para cada uno por los daños que hayan sufrido a causa de las inmisiones.

III. La legitimación también dependerá del tipo de daños por los que se reclama, pues si son daños personales solo está legitimado el cónyuge que los ha sufrido, pero para reclamar daños patrimoniales lo estará el que sea titular en el caso de bienes privativos, o ambos para el caso de que se trate de un bien ganancial o común.

IV. Sobre el carácter privativo o ganancial de la indemnización, habrá que tener en cuenta qué es lo que se indemniza, si son daños a la persona o al inmueble, encontrando casuística variada si se interpreta que se indemnizan daños causados a la persona o se indemniza la pérdida de rendimientos de trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1996). *Política futura de lucha contra el ruido. Libro verde de la Comisión Europea*. Bruselas.

CREMADES GARCÍA, P. (2009). Respuesta jurídica al ruido y la responsabilidad civil derivada del mismo, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche,* volumen I, número 4. 56-80.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). La sociedad de gananciales. En C. Lasarte Álvarez, *Principios de derecho civil VI. Derecho de Familia*, 2016, Madrid: Marcial Pons (180-192).

MARTÍ MARTÍ, J. (2010). Responsabilidad extracontractual por ruidos y vibraciones, *Diario La Ley,* número 7411, 3-8.

MORETÓN SANZ, M. F. (2006). La tutela contra los daños derivados de la contaminación acústica en los supuestos de inactividad de los entes locales, *Revista de Derecho privado,* número 90. 97-118.

— (2010). Responsabilidad civil extracontractual e inmisiones medioambientales: los daños causados por inmisiones sonoras y electromagnéticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 722. 2957-2977.

VIGUER SOLER, P. L. (2011). Acciones civiles frente al ruido. Especial referencia a las comunidades de vecinos, *Práctica de Tribunales* [en línea], número 79, Sección Estudios. Editorial La Ley. Disponible en http://elconsultor.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAkNTQwsLS7Wy1KLizPw8WyMDQ0MgMgIJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIANlm2BTUAAAA=WKE

VII. ANEXO. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Sentencia de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra Reino de España).
- Sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia).
- Sentencia de 1 de octubre de 2001 (caso Halton contra Reino Unido).
- Sentencia de 16 de mayo de 2004 (caso Moreno Gómez contra Reino de España).

Tribunal Constitucional Español

- Sentencia de 17 de febrero de 1984.
- Sentencia de 3 de diciembre de 1996.
- Sentencia de 24 de mayo de 2001.
- Sentencia de 8 de junio de 2001.
- Sentencia de 23 de febrero de 2004.

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de 7 de octubre de 1964 (Sala Primera).
- Sentencia de 20 de abril de 1967 (Sala Primera).
- Sentencia de 16 de mayo de 1967 (Sala Primera).
- Sentencia de 12 de noviembre de 1969 (Sala Primera).
- Sentencia de 20 de marzo de 1970 (Sala Primera).
- Sentencia de 27 de abril de 1976 (Sala Primera).
- Sentencia de 12 de diciembre de 1980 (Sala Primera).
- Sentencia de 31 de enero de 1987 (Sala Primera).
- Sentencia de 20 de octubre de 1987 (Sala Primera).
- Sentencia de 25 de marzo de 1988 (Sala Primera).
- Sentencia de 11 de noviembre de 1988 (Sala Primera).
- Sentencia de 21 de junio de 1989 (Sala Primera).
- Sentencia de 6 de julio de 1990 (Sala Primera).
- Sentencia de 23 de julio de 1990 (Sala Primera).
- Sentencia de 9 de febrero de 1991 (Sala Primera).
- Sentencia de 28 de octubre de 1991 (Sala Primera).
- Sentencia de 15 de julio de 1992 (Sala Primera).
- Sentencia de 3 de septiembre de 1992 (Sala Primera).
- Sentencia de 15 de marzo de 1993 (Sala Primera).
- Sentencia de 15 de julio de 1993 (Sala Primera).
- Sentencia de 11 de diciembre de 1993 (Sala Primera).
- Sentencia de 16 de julio de 1994 (Sala Primera).
- Sentencia de 27 de julio de 1994 (Sala Primera).
- Sentencia de 22 de mayo de 1995 (Sala Primera).
- Sentencia de 3 de noviembre de 1995 (Sala Primera).
- Sentencia de 16 de abril de 1996 (Sala Primera).
- Sentencia de 14 de diciembre de 1996 (Sala Primera).
- Sentencia de 6 de junio de 1997 (Sala Primera).
- Sentencia de 8 de julio de 1997 (Sala Primera).
- Sentencia de 27 de enero de 1998 (Sala Primera).
- Sentencia de 16 de febrero de 1998 (Sala Primera).
- Sentencia de 3 de marzo de 1998 (Sala Primera).
- Sentencia de 11 de julio de 1998 (Sala Primera).
- Sentencia de 11 de diciembre de 1998 (Sala Primera).
- Sentencia de 29 de noviembre de 1999 (Sala Primera).
- Sentencia de 7 de diciembre de 1999 (Sala Primera).
- Sentencia de 13 de diciembre de 1999 (Sala Primera).
- Sentencia de 3 de abril de 2000 (Sala Primera).
- Sentencia de 31 de mayo de 2000 (Sala Primera).
- Sentencia de 29 de mayo de 2001 (Sala Primera).
- Sentencia de 10 de abril de 2003 (Sala Primera).
- Sentencia de 29 de abril de 2003 (Sala Primera).
- Sentencia de 14 de octubre de 2004 (Sala Primera).
- Sentencia de 25 de octubre de 2004 (Sala Primera).
- Sentencia de 10 de octubre de 2005 (Sala Primera).
- Sentencia de 15 de noviembre de 2005 (Sala Primera).
- Sentencia de 24 de mayo de 2006 (Sala Primera).
- Sentencia de 22 de junio de 2006 (Sala Primera).
- Sentencia de 24 de julio de 2006 (Sala Primera).

- Sentencia de 22 de diciembre de 2006 (Sala Primera).
- Sentencia de 27 de marzo de 2012 (Sala Primera).
- Sentencia de 19 de febrero de 2013 (Sala Primera).
- Sentencia de 22 de abril de 2013 (Sala Primera).
- Sentencia de 5 de noviembre de 2015 (Sala Primera).
- Sentencia de 24 de junio de 2016 (Sala Primera).

AUDIENCIAS PROVINCIALES:

Asturias
- Sentencia de 14 de diciembre de 2005.

Burgos
- Sentencia de 25 de junio de 2003.

Granada
- Sentencia de 18 de octubre de 1997.

Las Palmas
- Sentencia de 22 de abril de 2005.

León
- Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

Madrid
- Sentencia de 14 de octubre de 2008.

Segovia
- Sentencia de 21 de octubre de 2005.

1.7. Concursal Civil

La inscripción de actos registrables en la fase de convenio del concurso de acreedores*

Recordation of recordable acts during the negotiation stage of insolvency proceedings

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: No solo el auto de declaración del concurso de acreedores sino otras resoluciones judiciales, dictadas en la fase de convenio, afectan a las facultades patrimoniales del deudor concursado y por ello tienen una trascendencia jurídico-real que determina su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad. Singularmente tendría esta trascendencia jurídico-real la sentencia aprobatoria del convenio, al determinar el comienzo de la eficacia de este y el fin de los efectos de la declaración de concurso, particularmente sobre las facultades patrimoniales del deudor. El propio convenio puede contener medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor. Tanto dicha sentencia como el contenido del convenio con trascendencia jurídico-real debe ser inscrito como requisito de tracto sucesivo para el posterior acceso de los actos dispositivos voluntarios y forzosos verificados por el concursado, así como para hacer posible el acceso de las anotaciones de demanda o de embargo ordenados con posterioridad al convenio por Juez diverso del Juez del concurso.

ABSTRACT: In insolvency proceedings, the insolvent party's rights over its assets are affected not just by the judicial ruling giving rise to the proceedings, but by many other judicial rulings given during the negotiation stage, and as such these rulings have legal and practical consequences regarding their recordability in the Property Registry. Specifically, the judicial ruling approving the outcome of the settlement negotiations would have just such legal and practical consequences, by determining the entry into force of the settlement and the ending of the effects of the receivership, specifically the limitation of the insolvent party's right to dispose of its assets. The settlement itself may contain measures than restrict or limit the exercise of the insolvent party's rights over these assets. Both the said judicial ruling and the content of the settlement with legal and practical consequences must be recorded as part of the requirement of chain-of-title so that any acts of disposal, whether voluntary or compulsory, verified by the insolvent party may be subsequently enforceable, and so that any recordations of claims or attachments ordered sub-

* El presente trabajo se realiza dentro del marco del Grupo de Investigación UCM, «Nuevas perspectivas del Derecho civil», dirigido por el Prof. Luís Anguita Villanueva.

sequent to the settlement by a judge other than the judge directing the insolvency proceedings may be enforceable.

PALABRAS CLAVE: Convenio de acreedores. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Insolvency settlement. Property Registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONVENIO ALCANZADO EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO: PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—III. EL AUTO DE APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO. SU POSIBLE INSCRIBIBILIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—IV. INSCRIPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA OPOSICIÓN AL CONVENIO.—V. LA SENTENCIA APROBATORIA DEL CONVENIO CONCURSAL. SU INSCRIBIBILIDAD: 1. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio. Repercusión registral: inscripción de ejecuciones, anotaciones de embargo y anotaciones de demanda. Inscripción de enajenaciones. 2. Medidas limitativas de las facultades de administración y disposición del concursado, impuestas en el convenio. Inexistencia de cierre registral para anotaciones de embargo por créditos contraídos después del convenio o no afectados por el convenio. 3. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio, al concursado.—VII. EL AUTO QUE DECLARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. NECESARIA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL MISMO.—VIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.—IX. EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y EL AUTO DE CONCLUSIÓN DEL CONCURSO. SU CONSTANCIA REGISTRAL.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Analizamos en las próximas líneas los actos producidos (dentro y fuera del procedimiento concursal) en la fase de convenio (o anticipadamente, en la fase común), *en su relación con el convenio de acreedores, analizando su inscribibilidad (o no) en el Registro de la Propiedad*.

II. EL CONVENIO ALCANZADO EN LA FASE COMÚN DEL CONCURSO: PROPUESTA ANTICIPADA DE CONVENIO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

En el momento de solicitar el concurso voluntario, o bien desde la declaración de concurso necesario y siempre antes de que expire el plazo de comunicación de créditos (arts. 21.1.5.º; 23.1.2.º y 85 LC), el deudor puede presentar al Juez una *propuesta anticipada de convenio*, siempre que no hubiese pedido la liquidación (arts. 21.1.1.º y 142.1 LC) y que no se encuentre incurso en las prohibiciones indicadas en el artículo 105 LC (relativas a la condena en sentencia firme por ciertos delitos y al incumplimiento en los tres últimos ejercicios de la obligación de depósito de las cuentas anuales). *La presentación de esta propuesta anticipada de convenio permite tramitar un convenio concursal sin apertura de la fase de*

convenio, durante la fase común del concurso y sin necesidad de convocar Junta de acreedores.

El Juez del concurso resuelve sobre su admisión a trámite mediante auto motivado [que podrá ser el auto de declaración de concurso (art. 106.2 en relación con el art. 21.1.º LC)], teniendo presente si las adhesiones presentadas se han realizado en la forma establecida en la Ley (*cfr.*, art. 103 LC), si alcanzan la proporción de pasivo exigida (art. 106.1 LC), si la propuesta respeta la forma y contenido exigidos con arreglo a los artículos 99 a 102 LC, y si el deudor está incurso, o no, en alguna prohibición de las arriba mencionadas (art. 106.3 LC). Contra el pronunciamiento judicial que resuelva sobre la admisión a trámite de la propuesta de convenio no se dará recurso alguno (art. 106.4 LC).

La propuesta anticipada de convenio debe ser evaluada por la administración concursal, teniendo en cuenta el plan de pagos, y en su caso, el plan de viabilidad (art. 100.5 LC). *Desde la admisión a trámite de la propuesta y hasta que expire el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores, cualquier acreedor pude manifestar su adhesión con los requisitos y en la forma establecidos en el artículo 103 LC (art. 108 LC).* El Secretario judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) verificará si las adhesiones presentadas alcanzan la mayoría legalmente exigida (arts. 124 y 125 LC). Si se alcanzase tal mayoría, el Secretario judicial proclamará el resultado mediante decreto. En otro caso, *dará cuenta al Juez, quien dictará auto abriendo la fase de convenio o de liquidación según corresponda (art. 109.1 LC).*

En el plazo de diez días, contados desde el siguiente a la fecha del decreto mencionado (art. 128.1 LC), *podrá formularse oposición a la aprobación del convenio*. Salvo que se formule tal oposición (y esta sea estimada) o que el convenio sea rechazado de oficio por el Juez de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 128 a 131 LC, el Juez dictará sentencia aprobatoria de la propuesta anticipada de convenio.

Esta sentencia *pondrá fin a la fase común del concurso, y sin apertura de la fase de convenio, declarará aprobado este con los efectos establecidos en los artículos 133 a 136 de la LC. La sentencia se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas, y se publicará conforme a lo previsto en los artículos 23 y 24 LC (art. 109.2 LC).*

Hay que tener en cuenta que el convenio concursal que, como hemos visto, puede alcanzarse por la vía de la propuesta anticipada, es *un negocio jurídico,* el cual presenta la peculiaridad de que para su perfección se requiere de la aceptación de todos y cada uno de los acreedores del deudor, sino de una mayoría de los mismos fijada por la ley, pese a lo cual vinculará a la totalidad de los acreedores (es un convenio de masa). Este negocio jurídico puede ser un simple *convenio de novación objetiva modificativa* de los créditos existentes (art. 136 LC)[1], pero también puede constituir un *convenio normativo*, y por lo tanto *regular la celebración de futuros contratos con ciertos acreedores o con terceros* (*cfr.*, art. 100.2.3.º y 4.º LC y 100.3 y 5 LC). El convenio concursal obligaría entonces a la celebración de los contratos futuros regulados (so pena de incumplimiento del convenio) y a respetar en su celebración los acuerdos establecidos en aquel (*arg. ex* arts. 138 a 140 LC)[2].

Esta eficacia del convenio concursal que se produce desde la fecha de la sentencia que lo aprueba (art. 133.1 LC), sería una eficacia meramente obligacional derivada del mismo. Junto a ella, el artículo 133.2 LC señala otros efectos *de la consecución del convenio consistente en* que «desde la eficacia del convenio [art. 133.1 LC] cesarán todos los efectos de la declaración de

concurso [regulados en el Título III de la LC], quedando sustituidos por los que se establezcan en el propio convenio, salvo los deberes de colaboración e información establecidos en el artículo 42, que subsistirán hasta la conclusión del procedimiento». *Lo que incluye el cese de la administración concursal (art. 133.2.3 y 4 LC), y por lo tanto la recuperación por el deudor de sus facultades de administración y disposición sobre la masa activa, sin perjuicio de las medidas prohibitivas o limitativas de las mismas que puede establecer el propio convenio (art. 137.1 LC*).

Resulta así que *la inscripción de la sentencia aprobatoria de la propuesta anticipada de convenio* en los registros públicos, singularmente en el Registro de la Propiedad, resulta indispensable para *dar publicidad a la recuperación por el deudor de sus facultades dispositivas sobre los bienes inscritos* (extinción de las prohibiciones judiciales de disponer y de administrar impuestas por el auto de declaración de concurso y publicitadas mediante la inscripción de la declaración de concurso[3]), *así como para hacer constar las nuevas prohibiciones o limitaciones en el ejercicio de las facultades dispositivas establecidas por el convenio. Todo lo cual evidentemente tiene trascendencia jurídico real en los términos del artículo 7 RH*[4].

La inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio anticipado, si bien no supondría la cancelación de la inscripción de la declaración de concurso (pues este no ha concluido)[5], permitiría una oponibilidad *erga omnes* y una cognoscibilidad legal de la *ausencia* o *de las nuevas limitaciones patrimoniales del concursado (art. 137.2 LC), en el marco del procedimiento universal aún no finalizado, así como del cese de la administración concursal y de las facultades encomendadas a esta en relación con actos y contratos inscribibles en el folio registral de los bienes pertenecientes al concursado (art. 133.4 LC)*.

La sentencia aprobatoria del convenio (título material) tendrá acceso al Registro mediante el mandamiento (título formal) expedido por el Secretario judicial (*arg. ex* arts. 24.5, 6 y 7 LC). El Registrador hará constar en la inscripción la sentencia y todos los extremos con trascendencia jurídico — real inmobiliaria antedichos del convenio (para lo cual deberá aportarse este), pero parece, aunque la cuestión es discutible,[6] que no se requerirá que haga constar el contenido obligacional del convenio pues este no sería susceptible de inscripción registral (art. 9 del RH).

Ahora bien, inscrito un acto dispositivo no verificado en los términos del convenio concursal, cualquier acreedor podrá solicitar del Juez la declaración de incumplimiento del convenio (que es una acción resolutoria del mismo), más no la resolución por arrastre de los contratos celebrados en contravención del mismo (*arg., ex* art. 140.4 LC y 34 LH), pues el convenio concursal es *res inter alios acta*. Si bien el contenido obligacional del convenio no tiene acceso al Registro de la Propiedad, precisamente las medidas limitativas o prohibitivas a que se refiere el artículo 137 LC, que sí tienen acceso registral (art. 137.2 LC en relación con el art. 9 RH), *pretenden garantizar el cumplimiento de los términos del convenio y aunque no provocan cierre registral a los actos contrarios a las mismas (art. 137.2 LC, que excepciona el art. 145 RH), sí que* ex lege *se establece una excepción a la fe pública registral, indicando que perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite.*

Si el convenio anticipado fuese cumplido (art. 139 LC), el concurso concluirá (art. 141 LC), dándose al auto de conclusión la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC (vid, *ut supra* nota 6).

III. EL AUTO DE APERTURA DE LA FASE DE CONVENIO. SU POSIBLE INSCRIBIBILIDAD EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Es necesario que exista una resolución judicial que ponga fin a la fase común del concurso y abra la fase de convenio o de liquidación. Para la apertura de la fase de convenio se requiere que el deudor no haya solicitado la apertura de la liquidación *y que no haya sido aprobada judicialmente una propuesta anticipada de convenio*. La resolución de apertura de la fase de convenio tendrá la forma de auto y se dictará en el plazo indicado en el artículo 111.1 LC. «El auto debe contener ante todo el cierre de la fase común, lo que supone que ya se habrán delimitado tanto la masa activa como la masa pasiva del concurso [si bien, *vid.*, art. 96.4 LC] y *no supondrá alteración alguna en los efectos de la declaración de concurso, aunque podría contener el cambio de la situación de suspensión o de intervención si lo hubiese solicitado la administración concursal*». El auto debe ordenar la formación de la sección quinta, relativa al convenio y/o liquidación, [salvo que ya estuviera formada por la existencia de una propuesta anticipada que se hubiera admitido a trámite (y no hubiera sido aprobada judicialmente)], así como ordenar que se convoque la junta de acreedores, o bien que se proceda a la tramitación escrita del convenio cuando el número de acreedores exceda de 300 [en cuyo caso, se fijará la fecha límite para la presentación de adhesiones escritas o votos en contra (art. 115.bis LC)]. En todo caso, el auto deberá expresar la posibilidad de que los acreedores se adhieran por escrito a la propuesta de convenio en la forma prevista por el artículo 103 LC, o sea, mediante comparecencia ante el Secretario judicial o mediante instrumento público (art. 111.2.1.º *in fine*, en relación con el art. 115.3 LC). En el auto se fija igualmente la publicidad que debe darse al mismo, *la cual, según GUTIÉRREZ GILSANZ será la misma que la prevista para el auto de declaración judicial de concurso*[7].

De acuerdo con el artículo 112 LC, «declarada la apertura de la fase de convenio y durante su tramitación *seguirán siendo aplicables las normas establecidas para la fase común del concurso en el título III de esta ley*». Por lo tanto, hasta que comience la eficacia del convenio con su aprobación (art. 133.1 LC), *los efectos producidos por el auto de declaración de concurso continúan*. Así, continúan las prohibiciones judiciales de disponer y administrar establecidas en el mismo para el concursado con carácter relativo (intervención) o absoluto (suspensión), salvo que la administración concursal haya solicitado el cambio de régimen de intervención por el de suspensión (o viceversa) y oído el deudor, haya sido así acordado en el auto de apertura de la fase de convenio (art. 40 LC). En relación a la masa activa, perdura el deber de conservación de la misma (art. 43.1 LC), no pudiéndose gravar o enajenar los bienes que la integran sin autorización judicial, salvo lo previsto en los artículos 43 y 44 LC. Continúa la prohibición de iniciar ejecuciones singulares (art. 55 LC), así como la de iniciar o continuar ejecuciones de garantías reales sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, siempre que no transcurra un año desde la declaración de concurso (art. 56 LC) antes de la aprobación del convenio. Los juicios declarativos civiles a que se refiere el artículo 8.1.º LC deberán iniciarse ante el Juez del concurso, absteniéndose los otros jueces de conocer (art. 50 LC) y los juicios pendientes seguirán hasta la firmeza de la sentencia a no ser que el Juez del concurso decida su acumulación al concurso (art. 51 LC)[8].

En la medida en que el auto de apertura de la fase de convenio no altera los efectos producidos por el auto de declaración de concurso (Título III LC), no sería precisa su publicidad en el Registro de la Propiedad. De hecho, y pese a la taxativa

afirmación de GUTIÉRREZ GILSANZ de que deberá gozar de la misma publicidad que el auto de declaración de concurso, el artículo 111.3 LC solo prevé que «se notificará al concursado, a la administración concursal y a todas las partes personadas en el procedimiento»[9]. *Únicamente, si se produjese en el mismo un cambio en las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio (art. 40.4 LC), procederá la publicación del auto en el folio de cada bien inmueble del concursado (art. 40.4.2.º LC, en relación con el art. 24.4 LC)*[10].

IV. INSCRIPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ADOPTADAS DURANTE LA TRAMITACIÓN DE LA OPOSICIÓN AL CONVENIO

Celebrada la Junta de acreedores, el secretario, que lo será el del Juzgado (art. 116.3 LC) elevará el acta de la misma (art. 126 LC) al Juez del concurso y, en su caso, si hubiese sido aceptada una propuesta de convenio por los acreedores (art. 121.5 LC), someterá a la aprobación de aquel el convenio aceptado por las mayorías indicadas en los artículos 124 y 125 LC.

La Ley Concursal regula una posible oposición al convenio. Esta oposición, señala GUTIÉRREZ GILSANZ, es un medio peculiar para que determinados sujetos ejerciten acciones de ineficacia contractual contra el convenio aceptado por los acreedores, pero se estará realmente ante una oposición al mismo (y no ante una acción de ineficacia) cuando se alegue que el cumplimiento del convenio es objetivamente inviable (art. 128.2 LC). En este supuesto se pretenderá que el convenio sea rechazado por causa de oportunidad y el Juez realizará una verdadera valoración de fondo, una verdadera aprobación del mismo[11]. En el resto de casos, el Juez realiza un control de legalidad. «De cualquier forma, la estimación de la oposición seguirá trayendo consigo, desde el punto de vista contractual, la ineficacia del convenio. Otra cosa es que desde el punto de vista procesal, puesto que el convenio es un negocio jurídico que nace en un proceso, las consecuencias de la estimación de las diferentes causas no deban ser las mismas en todos los casos. *En unos supuestos producirá simplemente una renovación de las actuaciones procesales, sin que desaparezca la posibilidad de llegar al convenio y en cambio en otras desaparecerá esta posibilidad y se deberá abrir la fase de liquidación*»[12].

El plazo para formular oposición es de diez días desde la fecha de conclusión de la Junta con aceptación de un convenio (art. 128.1 LC), estando legitimados para la impugnación la administración concursal y los acreedores a que se refiere el artículo 128.1.2.º y 128.2 LC, y el concursado en el caso del artículo 128.3 LC. La oposición solo podrá fundarse *en la infracción de las normas de la LC* sobre el contenido del convenio (arts. 100 a 102 LC), sobre la forma y contenido de las adhesiones[13], en la infracción de las reglas sobre tramitación escrita (art. 115 bis) o la constitución de la junta o su celebración (*vid.,* art. 128.4 LC)[14], así como cuando la adhesión o adhesiones decisivas para la aprobación de una propuesta anticipada de convenio o tramitación escrita, o, en su caso, el voto o los votos decisivos para la aceptación del convenio por la Junta hubieren sido emitidos por quien no fuere titular legítimo del crédito u obtenidos mediante maniobras que afecten a la paridad de trato entre acreedores ordinarios (motivos todos ellos que se refieren a causas de nulidad del convenio, *vid*. arts. 128.1.3.º y 4.º LC); o bien *en la falta de oportunidad del mismo* (art. 128.2 LC), lo que constituye un verdadero motivo de oposición (y no de mera alegación de ineficacia, como los

anteriores) que no puede apreciar de oficio el Juez[15]. En este caso, la valoración del Juez debe atender a la *inviabilidad objetiva del cumplimiento del convenio.*

La oposición se tramita por los cauces del incidente concursal y se resuelve mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado.

Ahora bien, el artículo 129.4 LC prevé la posibilidad de que el Juez, al admitir a trámite la oposición y emplazar a las demás partes para que contesten, pueda adoptar *cuantas medidas cautelares procedan para evitar que la demora derivada de la tramitación de la oposición impida, por sí sola, el cumplimiento futuro del convenio aceptado, en caso de desestimarse la oposición. Entre tales medidas cautelares podrá acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado, bajo las condiciones provisionales que determine.*

Se trata de evitar que la demora excesiva en la tramitación del incidente pueda frustrar previsiones del propio convenio. «El Juez puede adoptar "cuantas medidas procedan", pero la Ley contempla una concreta: "que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado". Aunque no lo diga la Ley, la aplicación anticipada del convenio puede abarcar la totalidad del convenio o solo parte de él, y en todo caso puede modalizar esa aplicación anticipada "con las condiciones provisionales que determine"»[16].

Señala PAU PEDRÓN que «la Ley Concursal no prevé la inscripción de las medidas cautelares previas a la aprobación del convenio, pero es evidente que la resolución judicial que las establezca puede tener trascendencia *respecto de las facultades de administración, disposición y gravamen, porque el Juez puede establecer respecto de ellas las disposiciones que considere oportunas — entre otras, el mantenimiento de la administración concursal con las facultades que quiera atribuirle—,* y en caso de que se limite a anticipar la vigencia del convenio, regirán las reglas legales propias de esta fase: la recuperación de las facultades por el concursado y el cese de la administración concursal [art. 133.2 LC]. *Por ello resulta evidente la inscribibilidad de esta resolución judicial*»[17].

V. LA SENTENCIA APROBATORIA DEL CONVENIO CONCURSAL. SU INSCRIBIBILIDAD

La sentencia que estime la oposición, por infracción legal en el contenido del convenio o inviabilidad objetiva del mismo, declarará rechazado el convenio, pudiendo plantearse frente a la misma recurso de apelación (art. 129.3 LC). Si la sentencia estima la oposición por infracción legal en la constitución o en la celebración de la junta, o por infracción en la tramitación escrita, se operará en la forma indicada en el artículo 129.2 LC o artículos 131 2, 3 y 4 LC. *Si la sentencia no estima la oposición, o a falta de la misma y de rechazo de oficio por el Juez (art. 131 LC), este dictará sentencia aprobando el convenio aceptado en Junta o tramitado por escrito*. El artículo 132 LC prevé que *«se dará a la sentencia por la que se apruebe el convenio la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC», lo que necesariamente hace referencia a su constancia en el folio registral de los bienes inmuebles pertenecientes al concursado (arts. 24.4, 5, 6 y 7 LC).* Señala GUTIÉRREZ GILSANZ que «si la declaración del concurso tiene una relevancia extraordinaria en el mercado y resulta lógico que se procure su conocimiento por medio de los periódicos oficiales y se busque la publicidad que otorgan los registros públicos, *no es menos relevante que se apruebe un convenio que evita la liquidación del patrimonio* del deudor concursal y es una cuestión de *seguridad jurídica* que especialmente los interesados, aunque también el público en general, puedan acceder a su conocimiento»[18].

La sentencia accederá al Registro de la Propiedad por anotación preventiva (si no es firme) o por inscripción (si es firme) (*arg., ex* art. 24.5 LC).

Señala PAU PEDRÓN, con cita de la RDGRN de 27 de febrero de 2012, que «no es necesaria la previa inscripción del convenio para inscribir un negocio celebrado durante esa fase del concurso. Ni la inscripción del convenio es constitutiva ni lo exige el principio de tracto sucesivo. «La LC prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio [art. 132] y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer [art. 137], pero no como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo». El Registrador deberá, en cumplimiento de su función calificadora, examinar el contenido del convenio y comprobar su coherencia con el negocio que se pretende inscribir, *pero no podrá exigir la previa inscripción del convenio*».

Sin embargo, podría ocurrir que la inscripción de concurso (tal y como estuviese practicada en función de las medidas limitativas de las facultades patrimoniales del concursado impuestas en el auto declaratorio del concurso), cerrase el Registro de la Propiedad al acto que pretende acceder durante la fase de convenio (en aplicación del mismo convenio). Por lo tanto, para abrir el Registro al acto producido durante la fase de convenio, se haría preciso inscribir el convenio aprobado (*arg. ex* art. 17 LH, *a sensu contrario,* art. 145 RH y 40 LC). Además, el principio de tracto sucesivo (art. 20 LH) persigue que «en el folio abierto a cada finca, figure de modo completo su historial jurídico, con el fin de que todos los actos de transmisión y adquisición de derechos sobre la finca formen una cadena perfecta, en el sentido de que los sucesivos titulares se sigan los unos a los otros sin solución de continuidad»[19]. Y si bien el principio de tracto sucesivo es un principio formal dirigido al Registrador, presenta un aspecto material que orienta la conducta de aquel, en el sentido de que «el derecho que se pretende inscribir ha de coincidir con el derecho previamente inscrito (transmisión del derecho) o ha de estar contenido en él (constitución de un derecho real limitado)», debiendo extenderse la identidad a todos los elementos del derecho[20]. Ahora bien, no puede entenderse que la cadena de titularidades sea perfecta y que haya coincidencia entre el derecho que se pretende inscribir y el que consta previamente inscrito, si hecha constar una prohibición judicial de disponer o administrar (que es una carga real afectante al contenido del derecho), se inscribe dicho derecho a nombre de un nuevo titular, *sin que conste previamente inscrito el levantamiento de tal carga. Y, si se considera que la limitación patrimonial del concursado impuesta en el auto de declaración de concurso afecta a la capacidad de obrar del titular registral, no habrá identidad entre el titular registral que figura en el folio (afecto a limitación en su capacidad dispositiva) y el titular del derecho que según el título inscribible otorga el acto en fase de convenio. Resulta, pues, imprescindible, a nuestro juicio, como impuesto por el principio de tracto sucesivo, la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio, lo que permitiría además la concordancia del Registro con la realidad extrarregistral (proceso concursal)*[21].

La RDGRN de 18 de abril de 2012[22] rechaza que sea requisito imprescindible para inscribir una dación en pago otorgada por la entidad concursada y con convenio concursal aprobado, la previa inscripción del convenio. Señala que «la LC prevé la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio y la inscripción de las medidas de prohibición o limitación de disponer, pero no como un asiento previo indispensable para mantener la cadena del tracto sucesivo». Ahora bien, siempre que procediese la inscripción de la sentencia de aprobación del convenio (porque se hubiese solicitado la misma), debería aportarse el convenio para evitar que la publicidad registral fuese incompleta, es decir, para hacer constar, en su

caso, las medidas prohibitivas o limitativas a que se refiere el artículo 137.2 LC. Lo que resultaría de una interpretación coordinada y coherente de este precepto y del artículo 132 LC. Por otro lado, si bien no sería un requisito de tracto sucesivo la previa inscripción de la sentencia y del contenido del convenio con trascendencia jurídico real, el Registrador necesitaría que se le exhibiera testimonio de la sentencia de aprobación del convenio así como testimonio del convenio alcanzado por la concursada transmitente, para poder calificar este último simultáneamente con el acto de transmisión (dación en pago), a fin de determinar el contenido y alcance de la inscripción de transmisión, es decir, para definir la «modalidad de asiento» a practicar a que hace referencia el artículo 434.6.º RH, en este caso, en relación a la constancia o no de las limitaciones a que se refiere el artículo 137.2 LC, caso de que existieran. Es decir, si tales medidas de limitación existieran, como pueden afectar al ejercicio de la acción de reintegración respecto de la dación en pago, deben ser reflejadas en el asiento por el que esta se inscriba. En otro caso, «quedaría inscrita una dación en pago sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma» y no se impediría el surgimiento del tercero del artículo 34 LH, que es lo que pretende evitar el artículo 137.2 LC.

Esta doctrina parece diferir de la opinión que hemos expuesto antes pero en el fondo vendría a ser coincidente, pues si se hace preciso inscribir las medidas prohibitivas o limitativas impuestas, en su caso, en el convenio (art. 137 LC), del mismo modo es preciso hacer constar registralmente *el efecto producido por la sentencia aprobatoria del convenio sobre los efectos producidos por el auto declaratorio de concurso que consta registralmente* (art. 132 LC en relación con el art. 133.2 y 24.4 LC)[23]. Lo que no implica que deba cancelarse la anotación preventiva o inscripción de concurso, pues este continúa abierto hasta su conclusión, y muchos efectos del Título III de la LC continúan produciéndose durante la fase de convenio[24].

1. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio. Repercusión registral: inscripción de ejecuciones, anotaciones de embargo y anotaciones de demanda. Inscripción de enajenaciones

La regla general es que la plena eficacia del convenio se produce desde la fecha de la sentencia de aprobación, y no desde su aceptación por los acreedores. No es necesaria para tal eficacia la notificación de la sentencia o su publicidad. No obstante, en la sentencia de aprobación del convenio el Juez podría acordar, «de oficio o a instancia de parte, por razón del contenido del convenio, retrasar esa eficacia a la fecha en que la aprobación alcance firmeza, pudiéndolo acordar con carácter parcial»[25] (art. 133.1 LC), *lo cual es contenido imprescindible del asiento que publique la sentencia, pues hasta que no se produzca tal eficacia, no podrán iniciarse o reanudarse las ejecuciones de garantías reales paralizadas, por ejemplo.*

El comienzo de la eficacia del convenio no supone la finalización del concurso. Sí que tiene incidencia, como hemos indicado, sobre las facultades patrimoniales del deudor concursado *pues este recupera las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pudiendo enajenar bienes sin autorización del Juez del concurso (art. 133.2 y 43.2 LC).* No obstante, el convenio puede contener restricciones de tales facultades (art. 137 LC), que operarán hasta el íntegro cumplimiento del convenio. *Estos y aquellos aspectos de trascendencia jurídico-real*

que tiene la eficacia del convenio, deben ser objeto de publicidad registral previa para poder inscribir actos otorgados por el concursado durante la fase de convenio, como hemos defendido antes.

El convenio no elimina la obligación del artículo 42 LC (art. 133.2 LC) e incluso impone una obligación de información semestral sobre el cumplimiento del convenio (art. 133.2 LC)[26].

El comienzo de la eficacia del convenio supone el fin de la paralización de las ejecuciones (arts. 55, 56.1 y 57 LC). Así por ejemplo, cabría ejecutar bienes para el cobro de créditos privilegiados (con privilegio general) no afectados por el convenio[27]. En relación con la ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios para la actividad profesional (que podrían reanudarse), es posible, sin embargo, que el convenio afecte a tales ejecuciones (*arg*., *ex* art. 56.1 LC en relación con el art. 134.2 y 3 LC), por decisión del acreedor privilegiado o por arrastre. Resulta evidente, pues, que la inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio (y el correspondiente contenido del convenio) es requisito «*sine qua non*», *para poder inscribir (o no) el testimonio del decreto por el que se apruebe el remate o la adjudicación en las ejecuciones seguidas contra bienes del concursado sobre los que conste anotado o inscrito el concurso de acreedores*[28].

Como señala PAU PEDRÓN, «los acreedores que hubiesen obtenido embargos anteriores al concurso quedan vinculados por el convenio (art. 134.1 LC), pero no sucede lo mismo con los acreedores hipotecarios, que solo quedarán vinculados por el convenio si lo hubiesen consentido expresamente, (sea antes o después de su aprobación (art. 134.2 o si han sido «arrastrados» al convenio… por determinada mayoría de los acreedores de la misma clase [art. 134.3 LC]». Si el convenio prevé cesiones individualizadas de bienes o derechos a los acreedores (siempre que no resulten necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial, art. 100.3.2.º LC), podrá hacerse por el concursado sin intervención ni autorización alguna (mientras que en la fase común y en la fase de liquidación sí requerirá de autorización judicial (arts. 43 y 147 LC). Si la cesión se refiere a bienes hipotecados será de aplicación lo dispuesto en el artículo 155.4 LC, es decir, deberá quedar con ello completamente satisfecho el privilegio especial, o en su caso, el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda[29, 30]. En relación con los *embargos anotados durante la fase de convenio*, PAU PEDRÓN señala con cita de la RDGRN de 8 de abril de 2013 que «aprobado el convenio […] debe entenderse que *es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por Juzgados o Administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil que lo estuviera conociendo, por cuanto, como proclama el artículo 133 LC, desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso*». Como señala el ATS de 24 de enero de 2012, poniendo en conexión los artículos 8, 50 y 133, 143.2 LC en relación con el artículo 141 de la misma ley, y la aplicabilidad durante la fase de liquidación de las normas del Título III de la Ley, según dispone el artículo 147 LC, el Juez del concurso «deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los artículos 8 y 50 de la Ley *desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo, o en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación, lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio*»[31]. Por su parte, la RDGRN de 8 de abril de 2013 ha señalado que «aprobado el convenio, y en tanto no resulte del mismo ninguna limitación [a las facultades patrimo-

niales con arreglo al art. 137 LC], que en ningún caso pueda suponer exclusión del principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (cfr. art. 1911 del Código Civil), debe entenderse que es posible la práctica de anotaciones preventivas de embargo, ordenadas por juzgados o Administraciones distintos del Juzgado de lo Mercantil que lo estuviera conociendo [el concurso], por cuanto, como proclama el artículo 133 LC desde la eficacia del convenio cesan todos los efectos de la declaración de concurso. Todo ello sin perjuicio de la doctrina de este Centro Directivo respecto a las anotaciones preventivas de embargo dictadas en la fase previa a la aprobación del convenio o durante la fase de liquidación (cfr. arts. 145, 146 y 147 LC)[32].

2. Medidas limitativas de las facultades de administración y disposición del concursado, impuestas en el convenio. Inexistencia de cierre registral para anotaciones de embargo por créditos contraídos después del convenio o no afectados por el convenio

Como hemos indicado, la aprobación del convenio supone el cese de las limitaciones patrimoniales impuestas por el auto de declaración del concurso y el cese en su cargo de la administración concursal. Pero el convenio concursal puede imponer medidas prohibitivas o limitativas de las facultades de administración y disposición, de menor, igual o mayor alcance y que operen de forma instantánea o de forma sobrevenida. La finalidad de estas medidas es evitar la desaparición o disminución de los bienes en perjuicio de los acreedores. Las medidas estarán vigentes hasta que sea firme el auto de declaración de cumplimiento del convenio (art. 139 LC) y haya transcurrido el plazo de caducidad de las acciones de declaración de incumplimiento (art. 140.1 *in fine* LC) o bien, si se han interpuesto, sean rechazadas por resolución judicial firme (art. 141 LC)[33].

Estas medidas limitativas son efecto del convenio. Por eso su infracción se considera incumplimiento del convenio. No obstante, la ley prevé (a diferencia del régimen de anulabilidad del art. 40 LC) que el acto sea válido (y por ende, inscribible), pero quede sujeto a una ineficacia sobrevenida mediante el ejercicio de la acción de reintegración de la masa[34]. Según GUTIÉRREZ GILSANZ serán inscribibles en el Registro de la Propiedad mediante anotación preventiva, siempre que se hubiese hecho constar en el mismo la anotación/inscripción del concurso y la anotación/inscripción de la sentencia aprobatoria del convenio[35]. La inscripción no es constitutiva, por lo que las medidas serán eficaces incluso sin publicidad registral (podrán determinar la ineficacia sobrevenida del acto contrario a ellas)[36]. Ahora bien, la publicidad registral es necesaria para impedir el surgimiento de un tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH). Practicada la anotación, la prohibición o limitación es oponible a cualquier adquirente, y aunque no produce cierre registral del acto contrario a la misma, *perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que en su caso se ejercite. Es decir, tanto al que fue parte en el acto contrario a la prohibición como a los subadquirentes posteriores.*

La existencia de estas medidas no implica el cierre registral para embargos que se anoten por créditos contraídos por el concursado después de la aprobación del convenio o por ejecuciones derivadas de créditos privilegiados no sujetos al convenio. Si bien estos nuevos acreedores podrían solicitar la apertura de la liquidación en el supuesto indicado en el artículo 142.2.II LC[37].

3. La infracción de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio al concursado

Constituye, como hemos indicado, un caso de incumplimiento del convenio. La declaración de incumplimiento no puede ser realizada de oficio por el Juez sino que tiene que ser solicitada por los acreedores o por el órgano previsto en el convenio para la vigilancia de su cumplimiento o al que se le haya atribuido el ejercicio de facultades sustraídas al deudor, si así se previó en el convenio. El ejercicio de la acción procede mientras no sea firme la declaración judicial de cumplimiento del convenio, tramitándose por los cauces del incidente concursal. Según GUTIÉRREZ GILSANZ, la declaración de incumplimiento del convenio (art. 140.4 LC) y la apertura de oficio de la liquidación (art. 143.1.5.º LC) *no llevan aparejada necesariamente el ejercicio de la acción de reintegración concursal. El ejercicio de esta acción, destinado a «declarar la ineficacia del acto contrario a las medidas prohibitivas o limitativas y a restituir el bien salido de la masa, corresponde a la administración concursal, una vez abierta la liquidación, pudiendo solicitar su ejercicio tanto los acreedores como quienes hubieran sido parte en el acto»*[38]. Ahora bien, *durante el tiempo de cumplimiento del convenio podría no solicitarse la declaración judicial de incumplimiento del convenio y en cambio ejercitar la acción de reintegración para que se declarase la ineficacia sobrevenida del acto contrario a las limitaciones impuestas por el convenio y la recuperación del bien, «si bien para ello sería necesario que en el convenio se haya legitimado expresamente a algún sujeto para ello». Si no hubiese ningún sujeto legitimado para ello, haría falta solicitar previamente la declaración judicial de incumplimiento* y operar de la forma indicada antes[39].

VII. EL AUTO QUE DECLARA EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO. NECESARIA PUBLICIDAD REGISTRAL DEL MISMO

La declaración de cumplimiento del convenio, según la literalidad de la LC (art. 139 LC), debe ser solicitada por el deudor al Juez del concurso, una vez que estime íntegramente cumplido el convenio. Para ello presentará el informe correspondiente con la justificación adecuada. El secretario acordará poner de manifiesto en la Oficina judicial el informe y la solicitud. Transcurridos quince días desde la puesta de manifiesto, el Juez, si estima cumplido el convenio, lo declarará mediante auto, *al que dará la misma publicidad que a su aprobación, esto es, la prevista en los artículos 23 y 24 LC para el auto de declaración de concurso (arg. ex. art. 132 LC)*. Mientras el auto no sea firme será objeto de anotación preventiva.

Una vez firme el auto que declara el cumplimiento del convenio y, en su caso, caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento, *procede la conclusión del concurso por medio de auto, al que se dará también la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC* (arts. 141 y 176.1.2.º LC).

Aunque se ha indicado que no es preciso dar al auto de cumplimiento del convenio la publicidad registral del artículo 24.4 LC, porque dicho auto no produce efectos jurídicos definitivos sobre la persona del deudor, siendo el auto de conclusión del concurso el que los produce (VARA DE PAZ[40]), lo cierto es que una exigencia de tracto sucesivo parecería estar presente, en cuanto la *causa del auto de conclusión, es el auto de cumplimiento, y el tracto sucesivo extiende sus*

exigencias materiales a la causa (o fundamento jurídico) del título inscribible[41]*. Por otro lado, la publicidad registral facilita la labor calificadora del Registrador de la Propiedad que ha de extenderse en el caso de documentos judiciales a la congruencia de la resolución judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiese dictado (art. 100 RH), siendo además un obstáculo que surgiría del Registro la falta de constancia del auto de cumplimiento.*

VIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

El incumplimiento del convenio es declarado por el Juez del concurso y es presupuesto para la apertura de la fase de liquidación. Dicha declaración no puede ser realizada de oficio por el Juez. El incumplimiento de cualquiera de las previsiones del convenio relativas a la satisfacción de los acreedores concursales (no de la masa) puede referirse tanto a quitas, esperas, como a modificación estructural de sociedades, enajenación de conjuntos de bienes o cesión de algunos de estos a los acreedores dentro de los límites legales, por ejemplo, bastando la falta de cumplimiento respecto de un acreedor[42]. La infracción al realizar actos de disposición de las medidas prohibitivas o limitativas impuestas en el convenio, constituye también, como se ha indicado antes, incumplimiento del convenio, cuya declaración podrá ser solicitada del Juez por *cualquier acreedor (art. 137.1 LC), y no solo por el acreedor afectado por el incumplimiento (art. 140 LC).*

La acción de declaración de incumplimiento tiene carácter resolutorio del convenio (que como hemos indicado es un negocio jurídico contractual). Podrá ejercitarse desde que se produzca el incumplimiento y caduca a los 2 meses desde la publicación del auto de cumplimiento del convenio (con arreglo a los arts. 23 y 24 LC). Razón que abona aún más la necesidad de publicidad registral del auto de cumplimiento pues ello permite una mayor cognoscibilidad legal del mismo con vistas al ejercicio de las acciones de incumplimiento.

La acción se tramita por el cauce del incidente concursal. Si el Juez estima incumplido el convenio, lo declara mediante sentencia, resuelve el convenio concursal y decreta la desaparición de los efectos del convenio (art. 140.4 LC). Una vez que sea firme, supondrá que el Juez debe decretar de oficio la apertura de la liquidación (art. 143.1.5.º LC). La resolución del convenio supone «el resurgimiento de los créditos, que vuelven al estado que tenían antes de la aprobación judicial del convenio… para poder participar en la liquidación concursal. Ahora bien, la eficacia desaparece solo con respecto a las quitas parciales y a las esperas por afectar al modo de satisfacer la obligación y poder por ello ser incumplidos [art. 140.4 LC]. *En cambio, no desaparecen el resto de negocios contenidos del convenio que tengan que ver con la reestructuración del pasivo…*»[43]*. Así, daciones en pago o enajenaciones a tercero de unidades productivas.*

Solo si tales negocios se hicieron en contravención de medidas limitativas de las facultades patrimoniales del deudor concursado (que son medidas aseguratorias del cumplimiento de los términos del convenio) podrán ser declarados ineficaces lográndose la reintegración de los bienes a la masa pasiva del concurso (vid., epígrafe V.3). De manera que no habiéndose establecido tales medidas, si tales negocios se realizan en cumplimiento del contenido normativo del convenio (pero incumpliendo sus precisos términos), el adquirente del concursado no podrá verse afectado por la resolución del convenio, pues adquirió del verus dominus, *siendo el convenio concursal (que es convenio de masa),* res inter alios acta. *Se trata de una consecuencia*

de la relatividad del contrato. La única manera, pues, de que los estrictos términos del convenio, en cuanto al modo y forma en que han de verificarse los contratos previstos en el mismo, perjudique al tercer adquirente (o acreedor adquirente) es imponiendo al concursado prohibiciones y limitaciones a sus facultades patrimoniales aseguradoras de tales términos, y dándoles la correspondiente publicidad registral (art. 137.2 LC), pues de lo contrario, podrían también surgir terceros hipotecarios frente a la prohibición o limitación no inscrita (arts. 32 y 34 LH).

Declarado el incumplimiento del convenio, los acreedores con privilegio especial vinculados al mismo y que se hubieran visto afectados por el incumplimiento podrán ejecutar separadamente su garantía, sin tener que acudir a la liquidación concursal. En efecto, el artículo 140.4.2.º LC señala que «no obstante lo anterior, 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».

La ley no señala que la sentencia que declara el incumplimiento del convenio sea inscribible pero al producir el efecto de resolución de este (art. 140.4 LC), hay que considerar que es un acto inscribible, inscribiéndose o anotándose la sentencia según sea firme o no. Por otro lado, la ley sí que menciona que en esta sentencia (art. 143.1.5.º en relación con el art. 143.2 LC) se acordará la apertura de oficio de la fase de liquidación, y el artículo 144 LC indica que a la resolución que declare la apertura de la liquidación se le dará la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC[44].

IX. EL CUMPLIMIENTO DEL CONVENIO Y EL AUTO DE CONCLUSIÓN DEL CONCURSO

El cumplimiento del convenio es causa de conclusión del concurso (art. 141 en relación con el art. 176.1.2.º LC). Para poder dictar el auto de conclusión del concurso debe ser firme la declaración judicial de cumplimiento del convenio y deben haber caducado las acciones para solicitar la declaración de incumplimiento (art. 140.1 LC) o haber sido rechazadas por resolución judicial firme (art. 140.3 LC) las acciones de incumplimiento ejercitadas. La sentencia que resuelve sobre el incumplimiento del convenio es susceptible de apelación y después de casación y extraordinario por infracción procesal (art. 197.7 LC). *El auto de conclusión declarará finalizado el concurso y ordenará el archivo de las actuaciones, debiendo dársele la publicidad prevista en los artículos 23 y 24 LC para el auto de declaración de concurso*[45].

El Juez librará mandamiento por duplicado al Registrador, que cancelará la anotación preventiva de declaración de concurso y la inscripción del convenio[46].

X. CONCLUSIONES

I. El auto de apertura de la fase de convenio será inscribible si en el mismo se produjese un cambio en las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

II. Son igualmente inscribibles las medidas cautelares adoptadas durante la tramitación de la oposición al convenio ya que pueden tener trascendencia respecto de las facultades de administración, disposición y gravamen del deudor.

III. Es inscribible en un único asiento la sentencia aprobatoria del convenio así como el contenido de este con trascendencia jurídico real. Esta inscripción es una exigencia de tracto sucesivo para poder inscribir actos dispositivos (voluntarios o forzosos) otorgados por el concursado convenido, así como para poder anotar demandas con trascendencia sobre el patrimonio del concursado y anotaciones de embargo ordenadas por juzgados distintos del Juez del concurso.

IV. Las medidas prohibitivas o limitativas de sus facultades de administración, que puede haberse impuesto al concursado en el convenio, no cierran el Registro a tales anotaciones, ni tampoco a los actos dispositivos que las contrarían, pero estos estarán sujetos a reintegración incluso en perjuicio de tercero hipotecario siempre que se haya dado publicidad registral a la medida prohibitiva o limitativa.

V. El auto que declara el cumplimiento del convenio debe inscribirse por exigencias de tracto sucesivo relativas a la causa o fundamento jurídico del título inscribible, en relación al auto de conclusión de concurso.

XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 19 de julio de 2011
- STS de 3 de mayo de 2017

- RDGRN de 2 de octubre de 2009
- RDGRN de 13 de octubre de 2011
- RDGRN de 26 de enero de 2012
- RDGRN de 18 de abril de 2012
- RDGRN de 8 de abril de 2013
- RDGRN de 13 de diciembre de 2013
- RDGRN de 8 de junio de 2015

XII. BIBLIOGRAFÍA

CÁBANAS TREJO, R. (2012). Convenio concursal y Registro de la Propiedad (RDGRN de 27 de febrero de 2012) en *Diario La Ley,* núm. 7883.

DÍAZ REVORIO, E. (2016). Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad en *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 39, 149-200.

GALEOTE MUÑOZ, M.ª del P. (2010). El sistema de publicidad de las resoluciones concursales en *Anuario de Derecho Concursal,* núm. 20, 277-306.

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2004). Comentario al artículo 24 LC. Publicidad registral. En: J. SÁNCHEZ-CALERO y V. GUILARTE GUTIÉRREZ. *Comentarios a la Legislación concursal.* Valladolid: Editorial Lex Nova.

— (2016). Derechos reales y concurso de acreedores (1) en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal,* núm. 25, 1-14, (versión electrónica).

GUTIÉRREZ GILSANZ, A. (2017) (1). Comentario al artículo 111 LC. Auto de apertura y convocatoria de la Junta de acreedores. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1370-1374.

— (2017) (2). Comentario al artículo 112 LC. Efectos del auto de apertura. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1374-1378.
— (2017) (3). Comentario al artículo 128 LC. Oposición a la aprobación del convenio. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1454-1472.
— (2017) (4). Comentario al artículo 129 LC. Tramitación de la oposición. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1472-1482.
— (2017) (5). Comentario al artículo 132 LC. Publicidad de la sentencia aprobatoria. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1485.
— 2017 (6). Comentario al artículo 133 LC. Comienzo y alcance de la eficacia del convenio. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1486-1496.
— 2017 (7). Comentario al artículo 134 LC. Extensión subjetiva. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1496-1504.
— 2017 (8). Comentario al artículo 136 LC. Eficacia novatoria. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). Comentario a la Ley Concursal, Madrid: Wolters Kluwer, 1507-1510.
— 2017 (9). Comentario al artículo 137 LC. Facultades patrimoniales del concursado convenido. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1510-1514.
— 2017 (10). Comentario al artículo 140 LC. Incumplimiento. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1527-1535.
— 2017 (11). Comentario al artículo 141 LC. Conclusión del concurso por cumplimiento del convenio. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: Wolters Kluwer, 1535-1536.
JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2010). El acreedor hipotecario y el artículo 56 LC en *Revista Jurídica del Notariado,* núm., 75, 75-204.
— (2017). La anotación preventiva de concurso en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm., 763, *en prensa*.
PAU PEDRÓN, A. (2015) (1). Procedimiento concursal y Registro de la Propiedad. http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-registral/estudios/procedimiento-concursal-y-registro-de-la-propiedad/
— 2015 (2). Procedimiento concursal y el Registro de la Propiedad. En: A. Rojo y A. Belén Campuzano (coord.). *Estudios jurídicos en memoria del profesor Emilio Beltrán: liber amicorum.* Vol. 2. Valencia: Tirant lo Blanch, 2299-2359.
PULGAR EZQUERRA, J. (2005). *La declaración de concurso de acreedores.* Madrid: La Ley.
SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2015). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral.* Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] *Vid.*, GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (8), 1509-1510. «Como consecuencia del convenio se producen, entre otras, modificaciones objetivas, en cuanto a reducción de la prestación manteniendo su naturaleza, o modificaciones circunstanciales de la ejecución de las obli-

gaciones, fundamentalmente temporales, en cuanto a alteración de los plazos a los que la obligación esté sujeta. Las obligaciones serán las mismas pero modificadas, debiendo ejecutarse en los nuevos términos, para entenderse debidamente cumplidas». De acuerdo con los artículos 136 en relación con los artículos 140.4 y 162.1 LC, los acreedores vinculados por el convenio no van a poder reclamar la satisfacción de su crédito al deudor sino en los términos acordados. Si el deudor cumple el convenio, quedarían extinguidos definitivamente los créditos (a diferencia de lo que ocurre en caso de liquidación, art. 178.2 LC, salvo lo dispuesto en el art. 178 bis LC). Un incumplimiento del convenio puede traer consigo la resolución del negocio jurídico modificativo y que desaparezcan sus efectos modificativos sobre los créditos. Entonces los acreedores podrán reclamar sus créditos concursales en su integridad en la liquidación, deducido el importe percibido en ejecución del convenio (art. 143.1.5.º en relación con el art. 162.2 LC) (*Op. cit, loc. cit*.)

[2] Como señala GUTIÉRREZ GILSANZ, «el convenio podría implicar la asunción de nuevas obligaciones para el concursado», así la realización de determinadas operaciones societarias, la dirección y organización de su empresa o actividad profesional o la enajenación o destino de determinados bienes o conjunto de ellos (*Cfr.*, art. 100 LC). (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (7), 1497.

[3] La declaración de concurso produce para el deudor una serie de limitaciones de sus facultades patrimoniales *en beneficio de sus acreedores y para el buen fin del concurso* (arts. 40, 43 y 44 LC). Estas limitaciones (intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición) son efecto legal inmediato del auto de declaración de concurso, el cual es ejecutivo aunque no sea firme (art. 21.1.2.º y 21.2 LC). De tal manera que el concursado padece las limitaciones patrimoniales desde la fecha del mismo, con independencia de que se le haya dado publicidad o no (arts. 23 y 24 LC), así, mediante su constancia en el Registro de la Propiedad. La publicidad registral de dicho auto se produce mediante su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, o mediante su inscripción, si el auto es firme (art. 24.4 y 5 LC). En nuestra opinión, la anotación preventiva de concurso tiene la naturaleza de una anotación preventiva de prohibición judicial de disponer. La práctica de la anotación preventiva en la hoja registral del bien produce un efecto de oponibilidad frente a terceros y de cognoscibilidad legal de la situación concursal y de sus efectos sobre el patrimonio del deudor. Además del cierre registral en los términos del artículo 40.7 y 43 y 44 LC, y de la comunicación a Juzgados (art. 135 LH), la anotación o inscripción de la declaración de concurso determina la cancelación de embargos anteriores (arts. 55.3 y 149.5 LC), y tiene incidencia en las ejecuciones ordinarias e hipotecarias sobre bienes de la masa activa (arts. 55 y 56 LC). *Vid.,* JIMÉNEZ PARÍS, 2017. Considerando que la declaración de concurso afecta a la situación subjetiva del titular registral y que la anotación de concurso es similar a la inscripción de resoluciones sobre incapacitación contempladas en el artículo 2.4 LH, v*id.*, RDGRN de 26 de enero de 2012.

[4] Artículo según el cual es inscribible en el Registro de la Propiedad cualquier «acto… de trascendencia real que,… modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales».

[5] La inscripción de concurso estará en vigor hasta que se dicte el auto de conclusión del concurso (una vez cumplido íntegramente el convenio o concluida la fase de liquidación, art. 176.2.º LC). Este auto accede al Registro de la Propiedad mediante un asiento de cancelación de la inscripción de concurso (arts. 141 y 177.3 LC). En ningún caso el Registrador puede *cancelar de oficio la inscripción de concurso*. *Tal cancelación solo cabe mediante el auto de conclusión mencionado, o bien mediante mandamiento dictado por el Juez del concurso durante la tramitación del procedimiento concursal* (así, cuando se enajena el bien anotado a un tercero durante la fase común del concurso, o se reconoce el derecho de separación del propietario con arreglo al art. 80 LC). Todo ello en relación con el art. 83 LH (PAU PEDRÓN, 2015 (1), 16-17).

[6] GÓMEZ GÁLLIGO distingue entre diversas clases de convenio: convenios de quita o espera, que a pesar de tener un contenido meramente obligacional deben ser inscritos para que el Registro de una publicidad actualizada de la situación de concurso y cuyo incumplimiento, en la medida que no tiene restricciones jurídico reales no debe afectar a terceros que hayan adquirido; «convenios reales o con trascendencia jurídico-real por ha-

berse impuesto al concursado prohibiciones de disponer o limitaciones dispositivas», que serían los típicamente inscribibles según el artículo 137 LC (GÓMEZ GÁLLIGO, 2004, 540).

[7] GUTIERREZ GILSANZ, 2017 (1), 1370-1374.

[8] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (2), 1374-1378. *Vid.,* en relación con la inscripción de actos procedentes del procedimiento concursal o de fuera del procedimiento concursal durante la fase común, JIMÉNEZ PARÍS, 2017.

[9] La convocatoria de la Junta, que debe realizar el Secretario Judicial, fijando lugar, día y hora de la reunión en los términos del artículo 182 LEC, sí que tendrá la publicidad del artículo 23 LC (art. 111.2 LC).

[10] PULGAR EZQUERRA señala que «la opción del concursado de presentar una propuesta anticipada de convenio,... *o en su caso la apertura de la fase de convenio,* no alteran ni modifican por sí mismas la situación del concursado (art. 112 LC), careciendo ambas de constancia registral *salvo si el Juez del concurso acordara otra cosa (art. 23.2 LC)*. No sucede lo mismo, sin embargo, respecto de la sentencia de aprobación de una propuesta anticipada de convenio (art. 109.2.2.º LC), de un convenio tramitado ordinariamente (art. 132 LC) o del auto de declaración de cumplimiento del convenio (art. 141 LC), *que deberán tener constancia registral en los correspondientes registros de bienes o personas*» (PULGAR EZQUERRA, 2005, 781).

[11] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1455.

[12] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1456.

[13] «Dado que en el convenio surgido de la propuesta anticipada el consentimiento de los acreedores proviene enteramente de adhesiones escritas (art. 108 LC), que en el convenio obtenido de la fase de convenio caben adhesiones escritas al convenio con respecto al que se celebre Junta (art. 115.3 LC) y que en caso de que el Juez acuerde la tramitación escrita constituirán la única forma de emitir la aceptación por parte de los acreedores (art. 115. bis.3 LC), resulta lógico que, en sede de oposición, puedan denunciarse motivos que afecten a la forma y al contenido de las mismas. Se trata de defectos del consentimiento de una de las partes del convenio... Las normas cuya infracción debe poder originar una oposición por la presente causa son, básicamente, los artículos 103, 108, 115.3 y 115.bis.2 y 3 LC y los relacionados con ellos» (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1466).

[14] «Dado que en el caso de propuesta anticipada o de tramitación escrita el consentimiento de los acreedores proviene de adhesiones escritas, resulta evidente que este motivo en principio no podrá fundar la oposición al convenio procedente de ese tipo de propuesta o de la tramitación escrita. No obstante, cabe la posibilidad de que no se alcancen dentro del plazo que establece la ley adhesiones escritas suficientes y que en lugar de solicitar la liquidación, el deudor manifieste que quiere someter la propuesta [anticipada] a la Junta (arts. 110 y 111.2, párrafo tercero LC). En tal caso podría llegarse a un convenio que procedería de una propuesta anticipada, pero con respecto al cual sí se habría celebrado una Junta de acreedores, pudiendo entonces haber surgido algún motivo de oposición por la presente causa. Por otro lado, en el caso de tramitación escrita del convenio la estimación de una oposición, o el control de oficio del Juez, sobre la infracción de las reglas relativas a tal tipo de tramitación puede traer consigo que el Juez acuerde la convocatoria de una Junta (art. 129.2.3.º LC) y si en ella se aceptara una propuesta de convenio podría después, en sede de oposición, tener aplicación la presente causa) (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (3), 1467-1468).

[15] De acuerdo con el artículo 131 LC, el Juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio aceptado por los acreedores si apreciare que se ha infringido alguna de las normas que establece la LC sobre el contenido del convenio, sobre la forma y contenido de las adhesiones, y sobre la tramitación escrita o la constitución de la Junta y su celebración.

[16] PAU PEDRÓN, 2015 (1), 13. Según GUTIÉRREZ GILSANZ la medida consistente en acordar que se inicie el cumplimiento del convenio aceptado procederá cuando los defectos denunciados en sede de oposición sean subsanables (arts. 129.2 LC) y no será recomendable cuando los defectos denunciados, si son estimados, deban traer consigo la apertura de la liquidación (art. 143.1.3.º en relación con el art. 129.3 LC). «En todo caso —señala— se trata de una norma en gran medida disuasoria [de oposiciones torticeras y dilatorias] y que

apoya una vez más la naturaleza predominantemente contractual del convenio concursal, el cual, una vez aceptado por las partes, puede desplegar efectos aun sin contar con la "aprobación" judicial». Se trata de evitar que el cumplimiento del convenio resulte posteriormente imposible (así por ejemplo, cuando la continuidad de la actividad empresarial resulte amenazada si no se procede inmediatamente al cumplimiento del convenio). (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (4), 1481. La eficacia del convenio adoptada como medida cautelar es una eficacia provisional, «porque si se estimase la oposición, el convenio provisionalmente eficaz dejaría de vincular a las partes y en cambio, si la oposición se rechazara se convertiría en definitiva…» (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017, (6), 1487).

[17] PAU PEDRÓN, 2015 (1), 13. Según GUTIÉRREZ GILSANZ, cuando el Juez anticipe la eficacia de parte del convenio *no desaparecerán los efectos de la declaración de concurso ni cesará en su cargo la administración concursal* (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (4), 1482). «La eficacia parcial anticipada no puede suponer el cese de la administración concursal desde un punto de vista formal, ni en cuanto a sus labores de intervención y sustitución del deudor, lo cual en cambio quedará al arbitrio del Juez en caso de que la anticipación de la eficacia sea total» (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1487).

[18] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (5), 1485.

[19] SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114.

[20] SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114.

[21] En contra de la necesidad de previa inscripción del convenio para poder inscribir los actos realizados por el concursado en la fase de convenio, GÓMEZ GÁLLIGO, quien señala: «la aprobación del convenio no pone fin a la situación concursal (RDGRN de 13 de diciembre de 2013). Y aunque ya no interviene el administrador concursal, aún tiene funciones de supervisión de cumplimiento del convenio (RDGRN de 18 de abril de 2012). Por lo tanto, con la aprobación del convenio en principio no se puede solicitar que se cancele el asiento del concurso en el Registro de la Propiedad. Pero eso no significa que debe arrastrarse como carga la situación concursal. A mi juicio en las enajenaciones de activos (por ejemplo, de inmuebles de la sociedad concursada) hecha por el administrador durante la fase de convenio, si no existen limitaciones dispositivas (por ejemplo, se trata de una mera quita o espera), no se arrastra el concurso como carga… y el adquirente quedará protegido en su adquisición. Por tanto, el Registrador debe cancelar de oficio la anotación de concurso al inscribir la enajenación realizada por el concursado con convenio aprobado sin limitaciones dispositivas. Es cierto que podrán ejercitarse acciones de reintegración, pero para eso se tendría que probar que ha habido perjuicio patrimonial a la masa activa, existiendo una presunción contraria a la existencia de daño, pues se trataría de una operación ordinaria de la sociedad inmobiliaria. Aquí sería de aplicación lo dispuesto en el artículo 37 LH para las acciones rescisorias en general, de manera que debería probarse la complicidad del adquirente en el perjuicio del concurso. Por el contrario, si hay limitaciones dispositivas la cuestión es distinta. …La inscripción [de tales medidas] no impedirá el acceso a los registros públicos de los actos contrarios, pero perjudicará a cualquier titular registral la acción de reintegración de la masa que, en su caso, se ejercite (art. 137 LC). Pero en estos casos el Registrador no debe cancelar de oficio la anotación de concurso, sino proceder a su arrastre, de manera que el adquirente queda afectado por ella. *Lo que está claro es que para inscribir en el Registro de la Propiedad las transmisiones de los bienes del concursado o la constitución de derechos reales sobre los mismos, que cumplan los requisitos legales para ello, no es necesario inscribir previamente el convenio (RDGRN de 18 de abril de 2012). Basta con tener conocimiento del contenido del convenio para poder calificarlo, pero no se puede argumentar el principio de tracto sucesivo y exigir que esté previamente inscrito, pues ya hemos argumentado que el concurso es una circunstancia relativa a la capacidad de la persona, donde no rigen los principios propios de los derechos reales (prioridad o tracto sucesivo*) (GÓMEZ GÁLLIGO, 2016, 6. *Vid*., sobre la naturaleza jurídica del concurso y la inaplicación del principio de prioridad, *op. cit*., 2-4)».

[22] *Vid.*, CABANAS TREJO, 2012.

[23] Esta idea puede apoyarse en la SAP de Alicante (Sección 8.ª), de 19 de julio de 2011, que revoca la resolución del Juzgado de lo Mercantil. Este había desestimado la solicitud de las concursadas por la que se instaba al Juzgado a librar mandamiento al Registro de la

Propiedad con el fin de anotar en determinadas fincas registrales la sentencia aprobatoria del convenio. El Juzgado se había negado a tal solicitud por entender que aún no había concluido el concurso y que inscrito el convenio, y por lo tanto, desinscritas las limitaciones impuestas al concursado por el auto declaratorio del concurso, ante una enajenación de las fincas podría surgir un tercero del artículo 34 LH, que no fuese afectado por la resolución del convenio en caso de incumplimiento. *La Audiencia revoca esta resolución por entender que el artículo 132 LC ordena dar la misma publicidad establecida en el artículo 24.4 LC para el auto declaratorio del concurso, que así la publicidad registral de los bienes de las concursadas concuerda con la situación procesal del concurso donde se ha aprobado el convenio; y porque anotada la declaración de concurso en las fincas registrales, «tiene sentido que se publique la aprobación del convenio pues con el mismo, según el artículo 133.2 LC, desaparecen los efectos de la declaración del concurso (entre ellos, la limitación de las facultades de administración y de disposición de las concursadas) y se produce la cesación en el cargo de los administradores concursales pues no consta en el convenio que se hubiera encomendado a aquellos la realización de determinadas funciones hasta su íntegro cumplimiento»*. Por otro lado, indica la sentencia, el riesgo de surgimiento de un tercero hipotecario frente a la resolución del convenio «*puede evitarse mediante el establecimiento en el convenio de medidas prohibitivas o limitativas del ejercicio de las facultades de administración y disposición del deudor, las cuales serían inscribibles en el Registro de la Propiedad como expresa el artículo 137 LC. En nuestro caso, al no haberse establecido en el convenio ninguna medida prohibitiva o limitativa a las concursadas no puede el Juez de oficio impedir que se inscriba la Sentencia de aprobación del convenio en los folios correspondientes a las fincas registrales para tratar de evitar lo que los acreedores pudieron haber establecido en el convenio y no lo hicieron*».

[24] Apoya esta idea la RDGRN de 13 de diciembre de 2013. Según esta RDGRN, como el Registrador tiene que calificar si existen o no medidas prohibitivas o limitativas que puedan afectar al ejercicio de la acción de reintegración respecto de los actos dispositivos que pueda realizar el concursado, y de existir tiene que reflejarlas en el asiento respectivo, una interpretación coordinada y coherente de los artículos 132.2 y 137 LC lleva a la conclusión de que «siempre que proceda la inscripción de una sentencia aprobatoria del convenio, debería aportarse este para evitar que la publicidad registral sea incompleta, reflejando, en su caso, es decir, en caso de que existiesen, las medidas prohibitivas o limitativas a que hace referencia el artículo 137.2, y no solo la sentencia aprobatoria del convenio». «En otro caso, quedaría inscrito el correspondiente acto dispositivo sin advertencia alguna sobre si el contenido del convenio afecta o no a la reintegración de la misma, lo que forzosamente repercute en la «modalidad» del asiento a practicar, pues a los efectos de la acción de reintegración, no es lo mismo practicar una inscripción con o sin limitaciones (según resulten o no del convenio), y tampoco sus consecuencias visto lo dispuesto en el artículo 137.2 LC, cuyo objetivo no es solo dar a conocer a los terceros las medidas prohibitivas o limitativas, sino evitar que pueda llegar a surgir un tercero del artículo 34 LH que impidiese el ejercicio de la acción de reintegración que resulta del artículo 137.2 de la ley citada». Esta RDGRN señala igualmente que *aprobado el convenio por sentencia, y practicada su inscripción, no procede la cancelación por mandamiento judicial de la anotación de concurso, ni a fortiori una actuación de oficio del registrador en tal sentido*. Pues la existencia de un convenio aprobado no pone fin al procedimiento que solo finaliza cuando así lo declare el propio Juez de lo Mercantil por auto en el que se declare su cumplimiento (art. 176 LC). Además, vigente el convenio puede instarse la acción de incumplimiento (art. 140 LC), lo que puede conllevar su resolución y la apertura de oficio de la fase de liquidación (art. 143 LC). Por otro lado, incluso en ausencia de medidas limitativas o prohibitivas del artículo 137 LC, algunos de los efectos de la fase común del concurso previstos en el Título III de la LC subsisten y se extienden a la fase de convenio, algunos de ellos con indudable trascendencia registral (así, puede continuar la paralización de la ejecución si se estableció en el convenio y fue aceptado por el acreedor hipotecario), las ejecuciones hipotecarias que se reanuden siguen siendo competencia del Juez del concurso en tanto no conste la conclusión del concurso (art. 57 y 176 LC). Igualmente continúan otros efectos como la suspensión del devengo de intereses (art. 59 LC), la interrupción de la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración, que según el artículo 60.1 LC se extiende desde la

declaración de concurso hasta su conclusión o las limitaciones respecto a las daciones en pago que impone el artículo 100.3 LC durante la fase de convenio. Por todo ello la aprobación del convenio no puede comportar la cancelación de la anotación o inscripción de la declaración de concurso (RDGRN de 13 de octubre de 2011).

[25] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1488.

[26] *Cfr.*, GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1489-1490). El comienzo de la eficacia del convenio supone el cese de la administración concursal y de su intervención o sustitución del concursado, debiendo proceder a la rendición de cuentas de su actuación ante el Juez del concurso. Este cese no impide que en el convenio se pueda encomendar a todos o a alguno de los administradores concursales el ejercicio de cualesquiera funciones, fijando la remuneración que se considere oportuna (art. 133.4 LC). En tal caso ya no tendrán el carácter de órgano concursal sino de mandatarios de los acreedores. A pesar de su cese, los administradores concursales conservarán legitimación para actuar en la sección sexta, de calificación del concurso, hasta que recaiga sentencia firme. La sección se abrirá si el convenio establece para los acreedores una quita superior a un tercio del importe de sus créditos o una espera superior a tres años (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1491-1493). Señala PAU PEDRÓN que entre las funciones que se pueden encomendar a todos o algunos de los administradores no podrán estar la intervención o la sustitución «pero sí la supervisión o el control del cumplimiento del convenio, *o incluso la autorización para determinados negocios jurídicos que vaya a realizar el concursado* [art. 137 LC]. Esta aparente contradicción entre el cese y la continuidad… se explica porque la administración concursal deja de actuar como tal, es decir, como órgano del concurso, *para convertirse en representante o mandatario de los acreedores*» (PAU PEDRÓN, 2015 (1), 15).

[27] «El contenido del convenio se destina fundamentalmente a los titulares de créditos ordinarios. Todos los créditos ordinarios anteriores al concurso quedarán afectados por dicho contenido, hayan sido reconocidos o no en el concurso y se hayan adherido o votado a favor o no del convenio. El convenio puede contener una quita, que limite la cuantía del crédito, una espera, que limita su exigibilidad, o ambas cosas a la vez. También limita las vías de ejecución del crédito y el acreedor debe someterse a las modalidades de satisfacción que contenga el convenio» (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017, (7), 1498). «Los acreedores subordinados quedan afectados por el convenio pero no participan en la aceptación del convenio, por lo que el resto de acreedores concursales deciden el grado de satisfacción de los mismos». La quita para los créditos subordinados no puede ser superior a la establecida para los ordinarios, y en cuanto al plazo de espera, también será el mismo, si bien su cómputo se inicia a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de los acreedores ordinarios (art. 134.1.2.º LC) (*op. cit*., 1498-1499). «En principio, los créditos privilegiados no se ven afectados por el convenio, de tal manera que deberán ser inmediatamente satisfechos de forma íntegra. Los titulares de créditos con privilegio general recibirán la satisfacción con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial, mientras que los titulares de créditos con privilegio especial tienen derecho a cobrar las cantidades que resulten de la ejecución de los bienes objeto del privilegio, quedando sometidos al convenio por el remanente». La adhesión al convenio del crédito privilegiado puede suponer afectar, en función del contenido del convenio, al crédito o al privilegio (arts. 123.1 LC y 134.2 LC). No supone trato singular que a los acreedores privilegiados adheridos se les reconozcan ventajas propias de su privilegio, siempre que queden sujetos a quita, espera o ambas en la misma medida que los ordinarios (art. 125.1 LC). El acreedor privilegiado también puede resultar vinculado forzosamente por la decisión mayoritaria dentro de los de su clase. Es una de las grandes novedades introducidas en la LC por el RD-Ley 11/2014, confirmada por la Ley 9/2015 (art. 94.2 en relación con el art. 134.3 LC). Para que se produzca este «arrastre» será preciso que se haya logrado previamente la aceptación mayoritaria de una propuesta de convenio por las mayorías de pasivo ordinario que establece el artículo 124.1 LC. Los artículos 90.3 y 94.5 LC contienen una regulación sobre valoración del privilegio especial. «Con tal regulación se permite atraer forzosamente el crédito privilegiado al convenio, asegurando en mayor medida el éxito del instituto como solución concursal, consiguiendo asimismo evitar posiciones de fuerza en el concurso de determinados acreedores amparados en supuestas garantías que realmente son infragarantías o garantías superpuestas, que con este sistema

se ven en mayor medida ajustados en la calificación de su derecho [realizada en la lista de acreedores] a la realidad del valor del bien sobre el que recae su garantía. … La especial consideración del valor de la garantía deba tenerse en cuenta… *a los efectos del cómputo de las mayorías necesarias para la aceptación de una propuesta de convenio y de la posible vinculación forzosa de los acreedores privilegiados al convenio ya aceptado…*» (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (7), 1499-1503).

[28] GUTIÉRREZ GILSANZ, con cita de varias resoluciones, sostiene que el TS entiende que con la eficacia del *convenio termina la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso para conocer de las acciones civiles con carácter patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado (art. 8.1.º LC). En tal sentido, cabría anotar en el Registro de la Propiedad demandas planteadas frente al concursado sujeto a convenio, ante juzgados de primera instancia. En esta línea, la STS de 3 de mayo de 2017* considera en su Fundamento de Derecho 3.º, en relación con la competencia objetiva para conocer de las acciones de contenido patrimonial contra el deudor en cuyo concurso ha sido aprobado un convenio: 1. «Esta cuestión ha sido abordada en diversos autos en los que este tribunal ha resuelto cuestiones de competencia planteadas entre Juzgados de lo Mercantil y Juzgados de Primera instancia, como son por ejemplo, los de 24 de enero y 14 de mayo de 2012. En estas resoluciones afirmamos que en principio, y salvo que la ley especifique otra cosa, la referencia que el artículo 133.2 de la Ley Concursal hace a que «desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración de concurso, quedando sustituidos por los que, en su caso, se establezcan en el propio convenio», *alcanza a los efectos de la declaración del concurso regulados en el título III. Entre estos efectos se encuentra el previsto en el artículo 50 de la Ley 22/2003*, conforme a cuyo primer apartado «los jueces del orden civil […] ante quienes se interponga una demanda de la que deba conocer el Juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer…». Por tal razón, *cuando la demanda dirigida contra el patrimonio del concursado es posterior a la aprobación del convenio, no opera la atribución de competencia exclusiva y excluyente prevista en el artículo 8 de la Ley 22/2003 a favor del Juez del concurso* respecto de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado. 2. Como conclusión, *una interpretación sistemática de los preceptos de la Ley Concursal, poniendo en conexión la ubicación del artículo 50 dentro del título III «de los efectos de la declaración de concurso» con lo dispuesto en el artículo 133.2, conforme al cual desde la eficacia del convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso, lo establecido en el artículo 143.2 en relación con el artículo 141.3 y 4, que determinan la apertura de la fase de liquidación del concurso en caso de incumplimiento del convenio, y la aplicabilidad durante esa fase de liquidación de las normas contenidas en el título III de la Ley que dispone el artículo 147, permite concluir que el Juez del concurso deja de tener la competencia para el conocimiento de las acciones y procedimientos con trascendencia para el patrimonio del deudor a que se refieren los artículos 8 y 50 de la Ley desde la firmeza de la sentencia aprobatoria del convenio hasta la declaración de cumplimiento del mismo o, en su defecto, hasta la apertura de la fase de liquidación,* lo que, además, se encuentra en armonía con que durante ese espacio temporal el concursado recupere su actividad profesional o empresarial a través precisamente del convenio. Todo ello sin perjuicio de que el crédito que pudiera reconocerse en una hipotética sentencia estimatoria, de ser anterior a la declaración de concurso y presentar la naturaleza de crédito concursal ordinario o subordinado, quedara afectado por el convenio, y, en concreto, por la extensión de los efectos del convenio prevista en el artículo 134.1 de la Ley Concursal». *Sin embargo, si la anotación preventiva de demanda se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad una vez anotada la situación concursal y sin que conste aún la sentencia aprobatoria del convenio, el Registrador de la Propiedad, sobre la base del artículo 100 RH y 8.4.º LH debe denegar la inscripción, si procede el mandamiento de órgano judicial diverso del Juez del concurso* (*Cfr.,* RDGRN de 2 de octubre de 2009). Complementando lo anterior, señala GUTIÉRREZ GILSANZ que, en todo caso, «acudiendo a la letra de la Ley debe sostenerse que tanto las acciones como las ejecuciones sobre créditos contra la masa (art. 84.4 LC), como también la ejecución de garantías reales sobre bienes necesarios (art. 57.1 LC) han de sustanciarse ante el Juez del concurso con independencia de que sean posteriores a la eficacia del convenio. Otra cosa será para las acciones y ejecuciones del resto de acreedores

privilegiados no vinculados por el convenio» (GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (6), 1490-1491). En nuestra opinión, la competencia objetiva para el conocimiento de las ejecuciones hipotecarias, una vez declarado el concurso, corresponde *en todo caso* (bienes necesarios y no necesarios, y ejecuciones iniciadas antes o después de la declaración de concurso) al Juez del concurso (*vid*., JIMÉNEZ PARÍS, 2010, 135-152).

[29] PAU PEDRÓN, 2015 (1), 14-15.

[30] Extremo este que debería ser comprobado por el Registrador antes de inscribir en el Registro la dación en pago, pues la norma del artículo 100.3.2.º LC parece contener un requisito de validez del negocio de dación. Este extremo, pues, deberá quedar convenientemente reflejado en la escritura de dación en pago verificada por el deudor concursado al acreedor hipotecario, y ser objeto de calificación registral.

[31] PAU PEDRÓN, 2015 (1), 27-28.

[32] La DGRN indica que en relación con la naturaleza del convenio, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia del TS lo califican como negocio *sui generis*, pues si bien se asemeja a los de naturaleza contractual, en tanto que nace de un acuerdo de voluntades que implica una especie de transacción, también acusa un marcado carácter público, revelado por la necesaria intervención judicial. La aprobación del convenio suponía en los expedientes de suspensión de pagos que el deudor recobraba de nuevo su plena libertad de actuación, salvo que en el convenio pactado se le hubiese impuesto alguna limitación. Lo cual puede decirse ahora del concurso de acreedores, a la vista del artículo 133 y 137 LC. Por tal motivo, añadimos nosotros, *puede contraer obligaciones con posterioridad al convenio como ocurrió en el caso, y sus acreedores pueden solicitar como medida cautelar una anotación de embargo ante el Juez de Primera Instancia competente*.

[33] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (9), 1511-1512.

[34] Para PAU PEDRÓN el acto es anulable por analogía con la ineficacia a la que se refiere el artículo 40.7 LC, aunque inscribible. La caracterización de la ineficacia del acto sería importante pues el plazo de ejercicio de la acción, en el caso de la reintegración sería el de dos años del artículo 71 LC. Esta anulabilidad afectaría a cualquier su adquirente posterior al que se le niega la posibilidad de quedar protegido como tercero hipotecario. «Para remediar, al menos en parte, esta desprotección legal del tercero, será conveniente hacer constar en cada una de las inscripciones sucesivas que el acto que se inscribe "es contrario al convenio, y por tanto podrá ser objeto de anulación por los administradores concursales…". Esa advertencia, que es una auténtica limitación a la titularidad registral, debe hacerse constar en el acta de inscripción y, además, en el arrastre de cargas» (PAU PEDRÓN, 2015 (1), 15).

[35] Realmente el asiento sería único (al igual que el que publica el auto de declaración del concurso), incorporando el contenido que se deduce del artículo 24.4 LC en relación con los artículos 132 y 137 LC, esto es, la aprobación del convenio, la fecha de la aprobación, el cese de la administración concursal y de las medidas limitativas del auto de declaración de concurso, así como las nuevas medidas limitativas o prohibitivas acordadas, y cualquier otro contenido con trascendencia jurídico-real del convenio adoptado (art. 7 LH). Siendo el asiento de anotación si la sentencia no es firme, y de inscripción si sí lo es.

[36] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (9), 1512.

[37] En este sentido se pronuncia la RDGRN de 8 de junio de 2015. *Señala la DGRN que del sentido gramatical del artículo 133 LC resulta que la aprobación del convenio implica la sustitución de los efectos de suspensión o intervención en las facultades del concursado propias de la declaración de concurso por las previsiones establecidas, en su caso, en el propio convenio, las cuales no pueden exceder de quitas, esperas u otras medidas, puesto que las que pudieran afectar a la capacidad o al poder de disposición propio del concursado no suponen un cierre del Registro a tenor del artículo 137 LC*. Por otro lado, el deudor queda vinculado por el convenio y también los acreedores siempre que no se trate de créditos privilegiados, dentro de los límites y condiciones establecidos por el artículo 134 LC, de manera que la quita, espera u otras medidas impedirían, en su caso, el ejercicio de acciones separadas dentro de los límites de dichas medidas según resulta del efecto novatorio del artículo 136 LC. Ahora bien, los créditos tributarios son créditos con privilegio general y no quedan afectados por el convenio salvo que se adhieran al mismo, por la que la ejecución sepa-

rada de los mismos es perfectamente factible a través del procedimiento de apremio que le resulte competente. En relación a deudas posteriores a la declaración de concurso, no quedan sujetas al convenio, por lo que su ejecución independiente parece posible mientras no se produzca la apertura de la liquidación y sin perjuicio de su clasificación como créditos contra la masa (art. 84 LC). Es decir, aprobado el convenio, resulta de aplicación plena y sin las ataduras del concurso la responsabilidad patrimonial universal, aunque sin que ello pueda suponer, en principio, perjuicio alguno para los acuerdos alcanzados en sede concursal, cuyo reflejo registral no se elimina de los bienes inscritos a nombre del concursado. *Por lo tanto, aprobado el convenio, quedan superados los efectos del artículo 55 LC ligados a la declaración de concurso, y de ahí que sea posible practicar la anotación de un embargo tanto por créditos privilegiados no afectados por el convenio como por créditos contraídos con posterioridad a la declaración del concurso, sin perjuicio de la protección del cumplimiento del convenio, que queda reforzada puesto que la práctica de la anotación de embargo no implica la cancelación de la constancia registral de la situación de concurso y de la aprobación del convenio.* En resumen «el concursado, una vez aprobado el convenio con sus acreedores, queda rehabilitado en todas sus facultades, y solo queda sometido a las previsiones de quita o espera previstas en el acuerdo alcanzado con aquellos o a las especiales limitaciones fijadas en el convenio, por lo que una vez cumplidas dichas disposiciones, o al margen de las mismas…, su actuación es libre y por ello también lo es la de los acreedores para poder iniciar o continuar sus pretensiones, siempre que no supongan una vulneración del convenio puesto que en este caso el Juez de lo Mercantil encargado del concurso recupera su competencia para la eventual declaración de incumplimiento del convenio y apertura, en su caso, de la fase de liquidación. *De esta manera, las actuaciones o ejecuciones llevadas a cabo, bien cumpliendo las estipulaciones del convenio, bien cuando se amparen en la exclusión del mismo a dicha actuación (como ocurre en el caso de los créditos privilegiados no adheridos al convenio) o cuando se encuentren justificadas por créditos contra la masa nacidos después de la declaración del concurso, son perfectamente válidas y no requieren de la intervención del Juez de lo Mercantil pudiendo llevarse a cabo por vía de apremio ordinario o administrativo dentro de los parámetros normales de competencia judicial o administrativa del órgano ejecutivo que en cada caso corresponda», pudiendo procederse a practicar anotaciones preventivas de embargo en el folio de las fincas pertenecientes a la concursada*. Artículo 142.2 LC: «El deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquel. Presentada la solicitud, el Juez dictará auto abriendo la fase de liquidación. Si el deudor no solicitara la liquidación durante la vigencia del convenio, podrá hacerlo cualquier acreedor que acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso según lo dispuesto en el artículo 2.4. Se dará a la solicitud el trámite previsto en los artículos 15 y 19 y resolverá el Juez mediante auto si procede o no abrir la liquidación».

[38] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (9), 1513.

[39] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (9), 1513.

[40] De esta posición discreparía PULGAR EZQUERRA para quien el auto de declaración de cumplimiento del convenio debe tener constancia registral, pues sí produciría efectos sobre las facultades patrimoniales del deudor (PULGAR EZQUERRA, 2005, 782).

[41] *Cfr.*, SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2015, 114.

[42] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (10), 1529.

[43] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017 (10), 1532-1533.

[44] PAU PEDRÓN, 2015 (1), 15.

[45] GUTIÉRREZ GILSANZ, 2017,

[46] GÓMEZ GÁLLIGO, 2004, 541.

2. DERECHO MERCANTIL

La adquisición de capital social del concesionario público, ¿un supuesto de cesión contractual a los efectos de autorización administrativa?

Does acquiring equity in a public concession holder equate to contract transfer for administrative authorization purposes?

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: A raíz de las Directivas de contratación pública 2013/24/UE y 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo ha de plantearse si en los casos de adquisición de capital del concesionario público nos encontramos ante un supuesto de cesión del contrato de concesión y por tanto ante la necesaria autorización administrativa al respecto, para lo que ha de tenerse presente el tipo de concesión pública de que se trate y así poder tratar con rigor la consecuencia jurídica referida en lo que se ha venido a denominar el «mercado secundario de concesiones».

ABSTRACT: Based on Directives 2013/24/EU and 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement, one might well wonder if the acquisition of equity in a public concession holder is actually a transfer of the concession contract, in which case administrative authorization would be required. In such events, the type of public concession at issue is a factor in how to treat with all due rigour the legal consequences of what has come to be known as the «secondary concession market».

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Parlamento Europeo. Cesión del contrato de concesión. Contratación pública.

KEY WORDS: Contract law. European Parliament. Transfer of concession contracts. Public procurement.

SUMARIO: I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO.—II. EL SUPUESTO DE HECHO NO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE.—III. EL SUPUESTO DE HECHO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EL NUEVO MARCO NORMATIVO

Con el objeto de poder abordar esta cuestión, a saber, si en los casos de adquisición de capital del concesionario público nos encontramos ante un supuesto de cesión del contrato de concesión y por tanto ante la necesaria autorización administrativa al respecto, ha de tenerse presente el tipo de concesión pública de que se trate y así poder tratar con rigor la consecuencia jurídica referida en lo que se ha venido a denominar el «mercado secundario de concesiones».

En el presente trabajo vamos a tratar el problema desde el análisis de la concesión pública de servicios, ya que la respuesta a la cuestión en el ámbito de la concesión de dominio público requiere un tratamiento diferente en función del diferente ámbito normativo aplicable.

En este sentido, para el entendimiento de lo que en la actualidad ha de entenderse por concesión pública de servicios, hemos de tener como referente a la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016.

Como razona el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (Expdte. TACRC - 252, 253 y 256/2017), dicha Directiva, con el fin de armonizar la regulación de los Estados miembros para eliminar perturbaciones en el mercado interior, opta por un concepto amplio de «*contrato de concesión de servicios*» (no necesariamente vinculado a un servicio público), que define en su artículo 5.1.b) como «*un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto de contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*», siendo esencial «*la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación*» de dicho servicio, «*abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos*».

Ese concepto amplio del «*contrato de concesión de servicios*» de la Directiva 2014/23/UE puede amparar figuras que, hasta la fecha, no encontraban adecuado encaje en las tradicionales categorías del contrato de servicios (por no existir un pago de la Administración al contratista, quien se remunera directamente de los usuarios), ni en el contrato de gestión de servicios públicos (por tratarse de contratos que la Administración tiene interés en licitar pero que, en puridad, no tienen por objeto «servicios públicos» que sean de obligada prestación a favor de los ciudadanos).

La nueva Directiva opta por un concepto amplio de contrato de concesión de servicios que no se vincula a la naturaleza pública del servicio, sino a la transferencia del riesgo operacional al contratista, rasgo distintivo con el contrato de servicios, tal y como se declara en el apartado 3.1.5.2. de la Recomendación dirigida a los órganos de contratación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 15 de marzo de 2016, en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública.

No se discute que las concesiones demaniales y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles estén excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP conforme a los apartados o) y p) de su artículo 4.1), y conforme a la propia Directiva 2014/23/UE, según dispone su Considerando 15[1] y su artículo 10.8. Pero en tales casos, lo propio y característico, según se encarga de explicar el Considerando 15 de la citada Directiva, es que la entidad contratante «*establece únicamente sus*

condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario»,

Pues bien, si se considerase que estamos ante un contrato mixto, resultaría de aplicación el artículo 20.3 de la Directiva 2014/23/UE, con arreglo a la cual, «*en el caso de contratos que tengan por objeto elementos regulados en la presente Directiva (como sería la concesión de servicios) así como otros elementos (el contrato de privado de arrendamiento de inmuebles), los poderes y entidades adjudicadores podrán decidir adjudicar contratos separados para partes separadas*», pero «*cuando los poderes o entidades adjudicadoras decidan adjudicar un contrato único, se aplicará la presente Directiva…*». Añade el apartado 5 del artículo 20 de la Directiva 2014/23/UE que, «*cuando las partes de un determinado contrato no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal del contrato*», siendo así que, con independencia de la denominación atribuida en los pliegos al contrato, tanto por su contenido obligacional, como desde un punto de vista de lógica empresarial, han de entenderse prevalentes, en muchas ocasiones, las prestaciones relativas a la actividad de servicios, pues los beneficios derivados de dicha actividad forzosamente han de concebirse como superiores al importe de las rentas que el arrendatario o usuario ha de satisfacer por el uso de los bienes en los que desarrolla dicha actividad, lo que conduciría a la aplicabilidad de la Directiva 2014/23/UE.

Pues bien, en relación con lo anterior y en sede de la aplicación al caso (cuando así resulte) de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, hemos de tener presente el artículo 43 1. d) ii) de la referida Directiva[2] que expresamente prevé lo siguiente:

> «*Artículo 43*
> *Modificación de los contratos durante su periodo de vigencia*
>
> 1. Las concesiones podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de concesión de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:
>
> *d) cuando un nuevo concesionario sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador adjudicadores o la entidad adjudicadora como consecuencia de:*
>
> *ii) la sucesión total o parcial del concesionario inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva*»[3].

O sea, regula la *adquisición* del concesionario inicial como un supuesto de continuidad en la concesión o sucesión en la persona del contratista, siendo que el vigente artículo 85 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 Pú-

blico, no recoge dentro de dichos supuestos de sucesión del contratista el de su adquisición, al regular expresamente lo siguiente:

> «En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquella de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario».

En términos análogos al actual TRLCSP (art. 85), se pronuncia el artículo 98 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2104, aprobado por el Congreso y publicado el día 10 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados)[4], que regula los casos de sucesión del contratista público sin hacer referencia a la *adquisición,* del siguiente modo:

> *«1. En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y la solvencia exigida al acordarse al adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquellas de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.*
>
> *A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.*
>
> *Cuando como consecuencia de las operaciones mercantiles a que se refiere el párrafo anterior se le atribuyera el contrato a una entidad distinta, la garantía definitiva podrá ser, a criterio de la entidad otorgante de la misma, renovada o reemplazada por una nueva garantía que se suscriba por la nueva entidad teniéndose en cuenta las especiales características*

del riesgo que constituya esta última entidad. En este caso, la antigua garantía definitiva conservará su vigencia hasta que esté constituida la nueva garantía.

2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.

Ahora bien, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2104, sí que nos ofrece una novedad relativa al denominado «mercado secundario de concesiones» y es la regulación que ofrece al respecto en el artículo 214 (en sede de cesión contractual) de las compraventas de acciones /participaciones sociales de la sociedad concesionaria, con el siguiente tenor:

«*Artículo 214. Cesión de los contratos.*

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en las letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, trascurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al

menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el contratista en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal. No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

La introducción de lo anterior fue fruto de la enmienda número 679 del Grupo Parlamentario Socialista, resultando su motivación la siguiente:

«*Se contempla expresamente la cesión de participaciones en sociedades contratistas de propósito específico (concesionarias), para crear una mayor certeza de la posibilidad y condiciones de la cesión, necesaria para la existencia de un mercado secundario de concesiones*».

Así pues, en función de lo anteriormente expuesto, ¿a qué debemos atenernos en la actualidad ante un supuesto de venta de acciones /participaciones sociales del concesionario público de servicios?; ¿estamos ante un caso de cesión de la concesión de servicios y de necesaria autorización administrativa?

II. EL SUPUESTO DE HECHO NO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE

En los casos de adquisición de capital social de concesionarios públicos no sujetos a la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016, bien *ratione temporis* (es decir, para contratos de concesión de servicios ofrecidos o adjudicados antes del 17 de abril de 2014, según prevé el artículo 54 de la referida Directiva 2014/23/UE para la entrada en vigor de la misma), bien *ratione materiae* (por ejemplo, concesiones que estando fuera del ámbito de aplicación objetiva de la Directiva 2014/23/UE carezcan de una regulación nacional propia del supuesto de hecho, v.gr. concesiones portuarias; aunque para este caso el régimen sea también sustancialmente idéntico en nuestra legislación nacional), entendemos que continúa siendo de aplicación el criterio ofrecido al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es decir, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), donde se establece que:

> *«44. En efecto, de los autos se desprende que APA-OTS es una filial al 100 % de APA, que esta última dispone de un poder de dirección sobre APA-OTS y que existe entre estas dos entidades un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios, que asume APA. Además, de los autos se desprende que un representante autorizado de APA aseguró a la entidad adjudicadora que, tras la transferencia de los servicios OTS, APA respondería solidariamente junto con APA-OTS y que nada cambiaría en la prestación de conjunto existente.*
>
> *45. Tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.*
>
> *46. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de la circunstancia de que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante el periodo de vigencia del contrato.*
>
> *47. Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el periodo de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50.*
>
> *48. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a esta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la Sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/ Austria, C-29/04, Rec. I-9705, apartados 38 a 42).*
>
> *49. No obstante, en tanto no se produzca tal evolución, sigue siendo válido el análisis que figura en el apartado 45 de la presente sentencia, según el cual la situación considerada constituye una reorganización interna de la otra parte contratante. La inexistencia de una garantía de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante la vigencia del contrato no afecta a esta conclusión».*

Es decir, según esta Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06) la venta de participaciones de la sociedad concesionaria sería un supuesto de novación contractual, por lo que se requeriría la correspondiente autorización administrativa del poder adjudicador, pese a que en el derecho comunitario positivo vigente en la fecha de dicha sentencia, esto es, la Directiva 92/50/CEE y la Directiva 2004/18/CE, regularen la cuestión, ofreciéndonos por tanto una solución en función de la tradicional consideración de contrato *intuitu personae* otorgado a la concesión.

Por otro lado, lo anterior viene a concordar en lo sustancial con el criterio que ha venido manteniendo el Consejo de Estado, en sus Dictámenes 3375/2001, 2578/1998, 998/1994 y 1507/1993, que viene entendiendo que la venta de las acciones / participaciones del concesionario, en casos en que la misma suponga una alteración del control efectivo del mismo, se asimila a un supuesto de cesión de la concesión que requiere autorización administrativa previa.

El Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001 razonó lo siguiente:

> *«A juicio del Consejo de Estado, la importancia de la identidad del concesionario no resulta una cuestión menor. A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión y las condiciones en que construye, conserva y explota la obra pública. Ello se evidencia en el caso de las concesiones de obras públicas en que la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas permite la transferencia de la concesión siempre "que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión" (art. 114 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, el Consejo de Estado considera oportuno señalar que, en el desempeño de su función consultiva, ha entendido que "la transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión" (dictamen núm. 998/94, de 23 de junio de 1994). Parece evidente que en tal caso no se produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los accionistas o partícipes y, por ende, de los últimos propietarios. Como se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de la institución. Es preciso, traspasando los conceptos abstractos y las formas jurídicas, investigar el fondo de las situaciones. En tal caso, el Consejo de Estado proclamó en el mencionado dictamen que «(…) la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario, pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber en cada momento quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías (…)».*
>
> *Es claro, por tanto, que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria».*

En supuestos de concesiones demaniales portuarias, el Consejo de Estado emite los Dictámenes 1507/1993, 998/1994 y 2578/1998 y considera extinguida la concesión por no haberse solicitado la autorización administrativa previa.

A estos efectos y en materia de concesiones portuarias (excluidas del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 2014/23/UE), recordamos que el artículo 92.4 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, prevé expresamente lo siguiente:

> *4. La enajenación de las acciones, participaciones o cuotas de una sociedad, comunidad de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan como actividad principal la explotación de la concesión, exigirá la autorización de la Autoridad Portuaria siempre que pueda suponer que el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad o comunidad.*

> *En el supuesto de que la concesión tenga por objeto la prestación de un servicio portuario o el desarrollo de una actividad o servicio comercial directamente relacionado con la actividad portuaria, la transmisión no podrá ser autorizada cuando el adquirente sea titular de una concesión con el mismo objeto o tenga una participación directa o indirecta que le permita influir de manera efectiva en una sociedad o comunidad titular de una concesión cuyo objeto sea el mismo, siempre que ostente una posición dominante en la actividad objeto de la concesión dentro del puerto o cuando como consecuencia de la adquisición pueda adquirirla.*
>
> *Para la determinación de las situaciones de influencia efectiva en la gestión o control de una entidad y de tenencia de posición dominante en el puerto se estará a lo dispuesto en el artículo 121.1 de esta ley.*

En el caso de sociedades mercantiles, se presume que existe influencia efectiva en la gestión o control de una sociedad cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el artículo 42.1 del Código de Comercio o del artículo 18 del Real Decreto Legislativo1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital (art. 121.1 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre).

La Doctrina ha razonado con acierto esta cuestión. De esta forma y para las concesiones que nos ocupa, podemos a traer a colación el siguiente razonamiento de MESTRE DELGADO[5]: «…En el caso de las personas jurídicas, las condiciones que se tienen en cuenta son las que las caracterizan como tales, y no en principio las de las personas —físicas o jurídicas— que las forman. La adjudicación, de esta forma, se realizará en atención a la infraestructura de la empresa, al diseño de gestión del servicio establecido en la oferta, a su capital social, a la experiencia acreditada respecto a objetos semejantes, etc. Pero no en atención a la composición física del accionariado. No es posible sostener, en mi opinión, y con carácter general, que cualquier modificación de la titularidad del capital social de una empresa concesionaria de servicios públicos determine una vulneración del requisito que vengo analizando, y por ello que constituya causa de extinción de la misma.

A esta regla general pueden añadirse algunas especialidades, a fin de completar el régimen cabalmente aplicable: de un lado, merece consideración diferente la transmisión del capital social de empresas cuyo objeto social único sea el de prestar un determinado servicio público, que la del capital de sociedades que tengan una finalidad más amplia o diversa. En este último supuesto no es discutible que el principio de libertad de empresa despliega unos efectos más intensos que en el primero de los casos enunciados, donde parece que se puede subsumir con mayor facilidad una cesión encubierta de la concesión. De otro lado, resulta útil individualizar el tratamiento jurídico de aquellos supuestos en los que se transmita íntegramente el capital social de la empresa o una parte sustancial que atribuya la capacidad de decisión y organización al adquirente, frente al de los casos en que ello no suceda, bien porque se trate de transmisiones de menor entidad, bien porque se esté en presencia de operaciones de estricta inversión, sin capacidad de gestión ni decisión (acciones sin derecho a voto, por ejemplo).

Con estos parámetros se puede efectuar un acercamiento más real a la cuestión que nos ocupa, de tal forma que será posible concluir que existe materialmente una cesión de la concesión cuando se transmita íntegramente el capital social —o una parte suficientemente representativa del mismo desde la perspectiva del dominio de la empresa— de una empresa jurídica cuyo fin único es la gestión del servicio público a que se refiera.

En estos supuestos, por lo tanto, no resulta arriesgado sostener que materialmente se produce una excepción singular al régimen que disciplina la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos, en la misma forma a la apreciable en el caso de cesión entre personas físicas».

En suma, cuando exista un cambio de control efectivo (vgr. art. 42 del Código de Comercio) en el capital social de un concesionario de servicios cuyo objeto social sea la prestación de un servicio público, resultando inaplicable la Directiva 2014/23/UE, entendemos que se produciría una cesión de la concesión, requiriendo autorización administrativa previa, so pena de extinción de la concesión.

III. EL SUPUESTO DE HECHO SUJETO A LA DIRECTIVA 2014/23/UE

Para los casos de adquisición de capital social de concesionarios públicos sujetos a la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, ya hemos visto que el 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, cuyo plazo de transposición terminó el 18 de abril de 2016, regula la *adquisición* del concesionario inicial como un supuesto de continuidad en la concesión o sucesión en la persona del contratista.

Antes de nada, ni que decir tiene que la adquisición de la empresa como conjunto o actividad organizada de producción de bienes y servicios en el mercado puede efectuarse bien mediante la adquisición directa del correspondiente establecimiento mercantil o bien a través de la adquisición indirecta de acciones, participaciones o cuotas sociales, forma esta última que supone en la práctica la inmensa mayoría de los casos de adquisiciones de empresas.

Así, desde una primera aproximación el objeto del contrato de compraventa de empresa dependerá de la modalidad directa o indirecta de la misma. Es decir, tal y como hemos comentado en la adquisición directa el objeto vendrá configurado tradicionalmente por el establecimiento mercantil, donde es preciso una correcta configuración del mismo en cuanto su comprensión como conjunto de derechos y obligaciones, *vid.* STS de 13 de febrero de 1992 *(RJ* 1992, 842), mientras que en la modalidad de adquisición indirecta el objeto —igualmente, desde un punto de vista tradicional— vendrá configurado por las acciones, participaciones sociales o cuotas sociales de que se trate.

En este grupo de casos de concesiones sujetas a la Directiva 2014/23/UE también hemos de diferenciar en el presente análisis si nos encontramos con un supuesto producido con anterioridad a la transposición por el Estado español de la Directiva 2014/23/UE cuyo plazo de transposición expiró el día 18 de abril de 2016, o bien, si nos encontramos en un supuesto producido tras la trasposición de la referida Directiva 2014/23/UE teniendo presente que a fecha de este trabajo contamos con que el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2104, ha sido aprobado por el Congreso y publicado el día 10 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) encontrándose pendiente de envío al Senado para su tramitación.

Pues bien en el primero de los casos (antes de la transposición de la Directiva) hemos de ubicar la solución —si interpretamos como entendemos que ha de hacerse el término *adquisición* del 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE

comprensivo de los casos de compraventa de acciones / participaciones sociales del concesionario público y por tanto como un caso de sucesión en la persona del contratista público —en el ámbito de lo que conocemos como efecto directo de las Directivas comunitarias.

Al hilo de lo anterior, seguimos lo expuesto por la Recomendación de 15 de marzo de 2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación cuando analiza el conocido efecto directo de las Directivas comunitarias del siguiente modo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que esta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004).

Dichos requisitos son los siguientes:

— Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.
— Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990) que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación.

Por otro lado, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea únicamente ha reconocido el efecto directo «vertical» de las Directivas Comunitarias, es decir, en las relaciones entre los Estados miembros y los particulares, no siendo aplicable el citado efecto directo de las Directivas en el plano «horizontal», es decir, en las relaciones entre particulares, alegándolo un particular frente a otro. Por su parte, debe destacarse que dentro de las relaciones entre los Estados miembros y los particulares (efecto directo vertical), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular (Sentencia Ratti, de 5 de abril de 1979).

En definitiva, y en el caso que nos ocupa, a partir de la fecha en que debió estar realizada la transposición, es decir, el 18 de abril de 2016, gozarán de efecto directo las disposiciones de las Directivas que cumplan los requisitos citados anteriormente.

Como señala GIMENO FELIU[6], entendemos que el meritado artículo 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, es de lo que goza del mencionado efecto directo de la directiva comunitaria, cuando razona lo siguiente:

«Para el caso de la Directiva 23/2014, de concesiones, son varios los preceptos que, por ese carácter de incondicionados, deberán ser considerados plenamente eficaces.

Esto sucede con los siguientes preceptos:

(…)

21) Gran efecto práctico derivará de la aplicación directa del nuevo régimen de modificaciones del contrato concesional (art. 43). El nuevo régimen,

casi análogo al del artículo 72 de la Directiva de contratación pública, parece ampliar las posibilidades de modificación (lo que puede desplazar el régimen de los arts. 105 a 107 TRLCSP). En todo caso, la doctrina ya consolidada del TJUE no queda desplazada por esta nueva regulación, pues como advierte en considerando 107 de la Directiva 2014/24, «es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Así, esta doctrina sigue siendo el parámetro de enjuiciamiento de tal posibilidad (que no *ius variandi*) y que se limita a los casos estrictamente necesarios para preservar el propio contrato sin alterar su causa o contenido sustancial».

En suma, en este grupo de casos y por mor del efecto directo de la regulación de las modificaciones del contrato concesional por el hecho de no haber sido transpuesta en plazo la Directiva 2014/23/UE, no se admite que un Estado Miembro invoque las disposiciones de una Directiva no transpuesta en perjuicio de un particular, por lo que el supuesto de hecho consistente en la venta de las acciones / participaciones sociales del concesionario público de servicios debe quedar amparado por el efecto directo razonado.

Para el segundo grupo de casos de concesiones sujetas a la Directiva 2014/23/UE, es decir, cuando nos encontramos en un supuesto producido tras la trasposición de la referida Directiva 2014/23/UE el tratamiento del problema ha de efectuarse desde la óptica de la primacía del derecho comunitario, preguntándonos por la actitud del Juez y del particular ante la desviación del legislador español del derecho comunitario en la transposición del mismo al Ordenamiento jurídico nacional.

Para ello y como puede deducirse de lo razonado hasta ahora, partimos de la premisa de que en el término *adquisición* al que hace referencia el 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión se encuentra comprendido el supuesto de adquisición del capital social del concesionario, así como que la actual regulación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al Ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2104, esto es su artículo 214, entra en contradicción al exigir requisitos de autorización administrativa con el régimen liberalizador del derecho comunitario de concesiones en cuanto a la sucesión en la persona del contratista propugnada para dicho casos. Evidentemente, cualquier análisis que efectuamos sobre esta cuestión habrá de ser revisado a la luz del texto legislativo definitivo que resulte de aprobación tras su tramitación en el Senado.

Sobre la actitud del Juez en cuanto a la inaplicación de la norma de rango legal por contradicción con el derecho de la unión europea, merece traer a colación la opinión de ALONSO GARCÍA[7] al respecto, quien razonaba lo siguiente:

«El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy, de la Unión Europea), dejó bien claro en 1978 (*asunto Simmenthal*) que el Juez nacional estaba obligado a inaplicar normas por su propia autoridad en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho comunitario; ello, salvo que este suscitara alguna duda interpretativa (o de validez), en cuyo caso el Juez nacional carecería de competencia para resolver por su propia autoridad tal duda (como paso previo indispensable a los efectos de poder cotejar ulteriormente su compatibilidad con la norma interna) de llegarse a dar las condiciones para activar con carácter obligatorio la cuestión prejudicial europea, aclaradas por el propio Tribunal de

Justica en 1982 (en lo concerniente a la interpretación, *asunto CILFIT*2) y 1987 (en lo concerniente a la validez, *asunto Foto-Frost*).

(…)

En relación, en primer lugar, con el tema de las *inaplicaciones de normas de rango legal* por el Juez ordinario por contradicción con el Derecho de la Unión Europea, me atrevo a calificar como irrefutable la posición actual del TC sobre ambas caras de la misma moneda, que puede sintetizarse de la siguiente manera:

Por un lado, y según la STC 58/2004, cuando resulta *procedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una normas de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello acarrea una vulneración de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*, sin necesidad de entrar en consideraciones acerca de si dicha vulneración abarca también su manifestación del *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho* (o lo que es igual a efectos práctico, tal actuación, *per se*, implicaría también una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho).

Por otro lado, y según la STC 78/2010, cuando resulta *improcedente* el planteamiento de la cuestión prejudicial en términos obligatorios, según exigencias del artículo 267 TFUE tal y como ha sido interpretado por el TJUE, y el Juez ordinario, por su propia autoridad, inaplica una normas de rango legal por contraria al Derecho de la Unión, ello no acarrea una vulneración alguna de la tutela judicial efectiva en su manifestación de *derecho a un proceso con todas las garantías*. Pero puede acarrear, en función de la argumentación judicial, una vulneración de dicha tutela en su manifestación del *derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho* (terreno este último más abonado para posibles conjeturas, en cuanto a la determinación del mayor o menor rigor que emplearía el TC en su control; en mi opinión, y a diferencia de lo que sucedería en relación con la inaplicación de normas reglamentarias, me inclino por un control en términos muy rigurosos, habida cuenta de la importancia que el TC otorga a la ley en nuestro sistema de fuentes, incluso cuando vinculado este con el propio de la Unión)».

En relación con lo anterior, hay que tener presente también que el Tribunal Constitucional sigue la doctrina del acto claro y del acto aclarado tal y como razona en su Auto 86/2011 de 9 de junio de 2011.

En la Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2010, de 20 de octubre de 2010, se razona sobre la obligatoriedad o no de plantear la cuestión prejudicial por parte del Juez nacional en los siguientes términos:

> «Ya con este punto de partida, ha de señalarse que el Tribunal ha avocado este recurso de amparo para que sea conocido por el Pleno —arts. 10.1 n) (LA LEY 1979, 2383) y 13 LOTC (LA LEY 1979, 2383)—, a fin de fijar nuestra doctrina sobre la cuestión prejudicial del Derecho comunitario, rectificando la que deriva de la STC 194/2006 (LA LEY 2006, 70010), de 19 de junio, en los términos que seguidamente se indican.
>
> 2. La cuestión de inconstitucionalidad —art. 163 CE (LA LEY 1978, 2500)— y la cuestión prejudicial del Derecho comunitario —arts. 19.3 b) del Tratado de la Unión Europea (TUE) (LA LEY 1994, 109) y

> 267 del Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (LA LEY 1957, 6) [antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE)]— están sujetas a regímenes jurídicos, que, en lo que ahora importa, se ajustan a exigencias diferentes: a) El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta imprescindible en relación con las normas legales posteriores a la Constitución si no existe la posibilidad de lograr una interpretación de ellas que acomode su sentido y aplicación a la norma suprema: solo mediante el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad puede llegarse a dejar sin aplicación una norma legal posterior a la Constitución y que contradice a esta.
>
> b) Distinto es el régimen jurídico de la cuestión prejudicial propia del Derecho comunitario, pues la obligación de plantearla desaparece, aun tratándose de decisiones de órganos jurisdiccionales nacionales que no son susceptibles de un recurso judicial conforme al Derecho interno, tanto cuando la cuestión suscitada fuese materialmente idéntica a otra que haya sido objeto de una decisión prejudicial en caso análogo (SSTJCE de 27 de marzo de 1963, asuntos Da Costa y acumulados, 28 a 30/62; y de 19 de noviembre de 19991, asunto Francovich y Bonifaci, C-6 y 9/90), como cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto Cilfit, 283/81). Y es que para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE (LA LEY 1978, 2500), en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria».

En cuanto a la actitud del justiciable, y con carácter general, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente a obtener una resolución judicial motivada solo es vulnerado si la resolución judicial es arbitraria, irrazonable o errónea, conforme doctrina reiterada de nuestro Tribunal Constitucional, aunque también puede originarse la vulneración del justiciable a una resolución fundada en derecho si el Juez omite la aplicación de una norma que con total evidencia resulte aplicable.

Para un entendimiento de lo anterior, resulta acertada la estructuración que ofrece al respecto ARROYO JIMÉNEZ[8], cuando expone lo siguiente:

«El primero es el de las resoluciones judiciales que inaplican normas de Derecho interno en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, esto es, el supuesto en que el órgano judicial constata la existencia de una contradicción entre el Derecho nacional y el europeo y deja de aplicar la norma nacional por su propia autoridad. Desde la perspectiva del derecho a obtener una resolución motivada, la sentencia solo será inconstitucional si la decisión incurre en arbitrariedad o irrazonabilidad manifiestas o si descansa en premisas fácticas patentemente erróneas.

En segundo lugar, este canon de control es también el adecuado en el supuesto en que el órgano judicial, en lugar de aplicar el principio de primacía, busque sortear el conflicto delimitando recíprocamente los ámbitos de aplicación de la norma de Derecho interno y de la norma europea en perjuicio de la primera.

En tercer lugar, la perspectiva de control que proporciona el derecho a obtener una resolución motivada es también la que debe emplearse en caso de que

el conflicto entre normas de Derecho de la Unión Europea y de Derecho interno se sorteara mediante la interpretación restrictiva del alcance de aquellas y no, por tanto, mediante el desconocimiento frontal del principio de primacía (un supuesto este que, según se comprobará en otra ocasión, probablemente merezca otro encuadramiento constitucional). Se trata, pues, del caso inmediatamente anterior pero con la peculiaridad de que el órgano judicial pretende evitar la contradicción internormativa restringiendo el alcance de la norma europea en lugar de la nacional.

En cuarto lugar, lo mismo ocurre cuando las normas procedentes de cada uno de estos sistemas no son contradictorias o cuando el Derecho nacional sencillamente no contiene normas relevantes para el caso, de manera que las únicas disposiciones aplicables proceden del Derecho europeo. Dos supuestos son particularmente importantes debido a su proximidad con otros en los que, según se comprobará en entradas posteriores, el canon de control es más intenso. Se trata, por un lado, de las resoluciones judiciales que resuelven erróneamente problemas de sucesión normativa en el ámbito del Derecho de la Unión Europea y, por otro, de la decisión de no promover una cuestión prejudicial de interpretación cuando dicha decisión, a pesar de ser incorrecta de conformidad con el Derecho de la Unión, no va acompañada de la inaplicación de una Ley interna (SSTC 27/2013, de 11 de febrero; 99/2015, de 25 de mayo)».

En función de lo anterior, consideramos que el planteamiento de la cuestión prejudicial en virtud de lo previsto en el artículo 267 del TFUE habría de ser el mecanismo de actuación correcto si el Juez nacional albergara dudas sobre la interpretación y aplicación del derecho comunitario, en nuestro caso, la que pudiera suscitarse del alcance liberalizador que entendemos que propugna el término *adquisición* al que hace referencia el 43 1. d) ii) de la referida Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y si efectivamente se encuentra comprendido el supuesto de adquisición del capital social del concesionario, ya que efectivamente no nos encontramos en ninguno de los supuestos que excepcionaría el planteamiento de la cuestión en función de la aplicación de la doctrina del acto claro y aclarado, debiéndose únicamente delimitar la obligación o no del referido Juez nacional, en función, de si la resolución que dictara en el proceso correspondiente fuera susceptible o no de recurso, so pena de incurrir en errónea motivación de la sentencia.

Sobre la motivación errónea, el Tribunal Constitucional ha reiterado (por todas, SSTC26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6) que «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos o razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho. Este último aspecto no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, STC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4).

En relación con el error patente, el Tribunal Constitucional ya ha puesto de manifiesto que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando la resolución judicial sea el resultado de un razonamiento que no se corresponde con la realidad por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión y de la legalidad apreciada por el Tribunal, produciendo con ello efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, destacándose que los requisitos necesarios para dotar de relevancia constitucional dicho error son que no sea imputable a la negligencia de la parte sino atribuible al órgano judicial, pueda apreciarse inmediatamente de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales y resulte determinante de la decisión adoptada por constituir el soporte único o básico —*ratio decidendi*— de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en él (por todas, STC 4/2008, de 21 de enero, FJ 3)».

Una actitud contraria que permitiera la elusión de la referida norma comunitaria mediante un recurso interpretativo que impidiera la aplicación de la misma en favor de la norma jurídica nacional contraria y que conllevara por tanto la vulneración del principio de supremacía del derecho comunitario (art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial), podría suponer efectivamente una vulneración de la tutela judicial efectiva en su modalidad consistente en el derecho a obtener una resolución judicial motivada por la irrazonabilidad de la misma en que consideramos que se incurriría por dejar de aplicar la norma comunitaria analizada, que justificaría la interposición del correspondiente recurso de amparo (art. 24 CE) aunque seamos conscientes de la dificultad práctica que supondría la apreciación de la irrazonabilidad propugnada, dado el reiterado criterio del Tribunal Constitucional restrictivo en la apreciación de la misma, pese a los anteriores razonamientos de nuestro más Alto Tribunal antes transcritos.

III. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA. Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (A propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010). *WP IDEIR* núm. 4 (2014). UCM.

ARROYO JIMÉNEZ. Derecho europeo y tutela judicial efectiva (I): el derecho a una resolución fundada en Derecho. http://almacendederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-i-el-derecho-a-una-resolucion-motivada/.

MESTRE DELGADO. *La extinción de la concesión de servicio público*. La Ley, 1992.

GIMENO FELIU. El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo por España. *Contratación administrativa práctica*. Año 2016, número 143.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 311/2005, de 12 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 4/2008, de 21 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 78/2010, de 20 de octubre de 2010.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 26/2009, de 26 de enero.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2009, de 9 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2009, de 23 de marzo.
- Auto del Tribunal Constitucional 86/2011 de 9 de junio de 2011.

NOTAS

[1] (15) «*Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario*».

[2] En términos análogos se pronuncia el artículo 72.1d) ii) de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

Teniendo presente que el Considerando 107 de esta Directiva 2014/24/UE prevé expresamente que:

«*Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial.*

En todo momento debe ser posible introducir modificaciones en el contrato que representen un cambio menor de su valor hasta un determinado valor sin que sea necesario seguir un nuevo procedimiento de contratación. Para ello, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, la presente Directiva debe disponer umbrales de minimis*, por debajo de los cuales no sea necesario un nuevo procedimiento de contratación. Las modificaciones del contrato por encima de dichos umbrales deberían ser posibles sin la necesidad de seguir un nuevo procedimiento de contratación, en la medida en que cumplan las correspondientes condiciones establecidas en la presente Directiva*».

[3] Ha de tenerse en cuenta la tesis correcta acerca del principio general de irretroactividad en la aplicación del derecho comunitario consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia Fédesa y otros (C331/88), apartado 45, en la que razonó que «*si bien, como regla general, el principio de seguridad jurídica se opone a que un acto comunitario comience a producir efectos en una fecha anterior a la de su publicación, puede ocurrir lo contrario, con carácter excepcional, cuando así lo exija el objetivo perseguido y se respete adecuadamente la confianza legítima de los interesados*».

[4] La transitoriedad es tratada en este Proyecto de Ley de la siguiente forma:

Disposición transitoria primera. Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento

de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

[5] MESTRE DELGADO. *La extinción de la concesión de servicio público.* La Ley, 1992, páginas 174 y 175.

[6] GIMENO FELIU. El efecto directo de las directivas de contratación pública de 2014 en ausencia de transposición en plazo por España. *Contratación administrativa práctica.* Año 2016, número 143.

[7] ALONSO GARCÍA. Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (A propósito de las SSTC 58/2004,194/2006 y 78/2010). *WP IDEIR núm. 4 (2014).* UCM.

[8] ARROYO JIMÉNEZ. Derecho europeo y tutela judicial efectiva (I): el derecho a una resolución fundada en Derecho. http://almacendederecho.org/derecho-europeo-y-tutela-judicial-efectiva-i-el-derecho-a-una-resolucion-motivada/

3. URBANISMO

La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad

The extension of the disposal prohibitions over new planning contents of the property rights

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN
Abogado

RESUMEN: Análisis de las consecuencias de la existencia de una prohibición de disponer respecto de la edificabilidad no consumida. ¿Se extiende la prohibición a la futura edificación?

ABSTRACT: Analysis of the consequences of the existence of a disposal prohibition regarding the unused building rights. Should the prohibition extend to the future constructions?

PALABRAS CLAVE: Prohibición de disponer. Aprovechamiento urbanístico. Edificabilidad.

KEY WORDS: Disposal prohibition. Development potential. Building right.

RESOLUCIÓN de 17 de marzo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. Planteamiento. 2. La materialización de la mayor edificabilidad permitida por la nueva ordenación urbanística. 3. Los deberes urbanísticos y las consecuencias de su incumplimiento. 4. Un proteccionismo desmesurado de la prohibición de enajenar puede resultar contraproducente. 5. Consideraciones finales.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Un colegio mayor, titular registral de dos fincas parcialmente edificadas, otorgó escritura elevando a público un contrato privado otorgado con anterioridad, concediendo a una sociedad un derecho de opción de compra sobre una parte del

aprovechamiento urbanístico correspondiente a dichas fincas y no materializado por haber surgido como consecuencia de un cambio de planeamiento urbanístico posterior a la construcción de las edificaciones existentes.

En el folio registral de las fincas aludidas figura inscrita una prohibición testamentaria de enajenar hasta que no transcurran cincuenta años desde el fallecimiento de la causante, ocurrido en 1998.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, la calificación registral fue negativa por varios motivos, de los cuales interesan a los efectos de este comentario los defectos insubsanables recogidos en los números 4 y 5 de la nota de calificación. Según el defecto número 4, no cabe la inscripción del derecho de opción como libre de la prohibición de enajenar por entender que el aprovechamiento urbanístico, particularmente en la forma analógica de exceso de edificabilidad, admitido por el Centro Directivo, forma parte del dominio de la finca y, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de la finca de la que proviene; por ello, según la nota, la inscripción solo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar que grava las fincas de origen, de forma análoga a lo que ocurre en cualquier otro supuesto de formación de nuevas fincas a partir de otra inscrita (segregación, agrupación, división, etc…).

El defecto número 5 considera que la concesión del derecho de opción vulnera la prohibición temporal de enajenar, al entender que constituye un acto de enajenación, ya que, implícitamente, conlleva la adquisición del aprovechamiento por parte del optante si decide ejercitar la opción en forma y plazo pactados, y, tras la edificación, la adquisición del dominio de parte de los elementos construidos, añadiendo que la prohibición no solo afecta a la edificación existente con anterioridad, sino también a la mayor edificabilidad resultante de un Plan General aprobado con posterioridad, pues el aprovechamiento forma parte del dominio de la finca y la prohibición de enajenar alcanza a todo el dominio; la opción de compra no implica una transmisión actual del aprovechamiento, pero sí una futura transmisión dependiente exclusivamente de la voluntad del optante y que, de producirse, determinará una reducción del contenido del dominio de la finca afectada; aun cuando el instrumento urbanístico del que deriva la edificabilidad se haya aprobado con posterioridad al momento de la adquisición de las fincas por parte de la cedente, no por ello constituye un objeto autónomo que nazca al margen del dominio de la finca que le sirve de soporte, sino que forma parte integrante de este y queda sujeto al mismo régimen jurídico; cualquier acto que determine una reducción del contenido jurídico o económico del dominio, como es el derecho de opción, implica una enajenación que resulta impedida por la prohibición de enajenar inscrita.

II. RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurrida la calificación negativa por la sociedad concesionaria, fue esta confirmada por la Resolución comentada. La motivación empleada por la Dirección General para la desestimación del recurso, en lo relativo a los defectos números 4 y 5, se contiene en los fundamentos de derecho números 9 a 12, que se resumen seguidamente.

En relación con el defecto 4, se dice en la Resolución que es cierto, como afirma la Registradora, que el aprovechamiento urbanístico, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de

la finca de la que proviene. Por ello, la inscripción separada del aprovechamiento, si es que pudiera practicarse, solo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar y la servidumbre de luces y vistas que gravan las fincas de origen, de forma análoga a lo que ocurre en cualquier otro supuesto de formación de nuevas fincas a partir de otra inscrita (segregación, agrupación, división, etc…), como resulta de los artículos 33 a 35 del Real Decreto 1093/1997.

En lo que respecta a la vulneración de la prohibición testamentaria de enajenar (defecto número 5), se afirma que, como se ha señalado en diversas Resoluciones, la prohibición de disponer supone el reconocimiento por el Ordenamiento jurídico de un ámbito de poder a favor del beneficiado por ella, que, sin embargo, no es un verdadero derecho real ni una estipulación a favor de tercero. No impiden, en principio, la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «*inter vivos*». Así, un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «*mortis causa*».

Según la Resolución la prohibición impide la transmisión puramente voluntaria del derecho de aprovechamiento urbanístico, como facultad independiente, cierto es, pero integrante natural del contenido del dominio sobre un mismo objeto, con independencia de la fecha de aprobación del planeamiento que lo determine, o del cumplimiento de las condiciones que posibilitan su patrimonialización. Pues no se está, mientras no se independice de su dominio originario, ante un nuevo objeto de derecho que se atribuye o agrega por la ordenación, sino ante una facultad jurídica, susceptible de valoración económica, de materializar mediante la edificación, el aprovechamiento que en cada momento permita el planeamiento sobre la finca, incorporándolo al patrimonio de su respectivo titular, afectando entonces necesariamente a la configuración dominical de la finca en caso de que dicha facultad se enajene para vivir autónomamente bajo otra titularidad.

En definitiva, con la mera modificación de la ordenación urbana y el cumplimiento de sus condiciones varía el contenido económico del derecho de propiedad, pero no el objeto del derecho, la finca, que permanece inalterado, por lo que no puede defenderse que aquellos cambios de ordenación supongan la adquisición de nuevos objetos de derecho, independientes, por tanto, del objeto del derecho adquirido por sucesión hereditaria y sujeto a limitación testamentaria que afecta a la facultad de enajenar.

La prohibición no impedirá, según la doctrina de este Centro Directivo, las transmisiones de aprovechamiento subjetivo de carácter forzoso, coactivas o incluso inducidas, cuando, aprobadas por la Administración competente sirvan para hacer efectiva la equidistribución de beneficios y cargas derivadas de la ordenación, esto es, como técnica operativa de gestión urbanística. Pero, tratándose de una transmisión de aprovechamiento urbanístico puramente voluntaria, debe quedar afectada por la virtualidad de la prohibición de enajenar.

Las consideraciones sobre el cumplimiento del deber de edificar en la edificabilidad y plazo determinado por el planeamiento, que es consecuencia del contendido estatutario del derecho de propiedad de suelo delimitado por su función social, en este caso, de desarrollo urbano, así como los propios principios inspiradores de la nueva legislación de suelo, en orden a la renovación y regeneración urbana, no obstan a esta conclusión sobre la virtualidad de la prohibición testamentaria en relación a la enajenación del aprovechamiento materializable.

El incumplimiento del deber de edificar tendrá consecuencias, algunas de índole fiscal o incluso parafiscal —*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2013—, pero especialmente tendrá consecuencias de índole urba-

nística. De acuerdo con la legislación urbanística, el incumplimiento del deber de edificar habilita al municipio para decretar la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad o proceder a la ejecución del planeamiento mediante sustitución del propietario. Ambas medidas no quedarían afectadas por la prohibición testamentaria de enajenar, pues es meridiano que el interés general de la colectividad, plasmado en el procedimiento administrativo y tutelado por el municipio, prevalece sobre el interés legítimo particular a que atiende la prohibición impuesta en testamento.

Igualmente el artículo 89 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, permitirá, en tales casos, la inscripción de la adjudicación de la finca libre de cargas, cancelándose la prohibición de enajenar —*vid.* el antiguo artículo 37.3 del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, Decreto 635/1964—.

Pero fuera del marco de tal regulación tuitiva del interés general, la apreciación de un interés prevalente a la voluntad de la testadora, y consiguiente cancelación de la limitación dominical, debe quedar referido a la decisión judicial.

Por lo que, a falta de resolución judicial en tal sentido, ha de concluirse que la prohibición testamentaria inscrita impide la enajenación de todo o parte del contenido del derecho de propiedad, que incluye la facultad de aprovechamiento urbanístico que en cada momento permita el plan sobre las fincas, adquiridas por herencia.

Ciertamente, si bien, dentro del concepto estricto de enajenación no se comprende el de constitución de un derecho de opción de compra, toda vez que en este último derecho, la enajenación tiene lugar únicamente en el caso de que la opción llegue a ejercitarse, más para que pueda resultar compatible con la prohibición, ambas partes habrán de pactar demorar su ejercicio hasta que el dominio de la finca quede libre de la traba impuesta por la causante, pues de otra forma se burlaría la prohibición impuesta, al no conservarse los bienes dentro del patrimonio durante el plazo de limitación y quedaría frustrada la voluntad de la testadora, por lo que al no cumplir el título presentado tales condiciones, debe denegarse su inscripción por vulnerar la prohibición de disponer inscrita, constituyendo un defecto insubsanable, sin olvidar el plazo de duración de la opción exigido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario para que sea inscribible en el Registro de la Propiedad.

III. COMENTARIOS

1. Planteamiento

La Resolución cuyo contenido se acaba de exponer muy resumidamente gira en torno a si la atribución sobrevenida por el planeamiento urbanístico a una parcela edificada de una mayor edificabilidad que la consumida y gravada con una prohibición de disponer lleva consigo o no la extensión de esta sobre la nueva edificabilidad. El problema concreto suscitado es determinar si es posible o no la inscripción de un derecho de opción sobre el exceso de aprovechamiento urbanístico no materializado.

Para centrar la cuestión, la Resolución realiza una amplia e interesante exposición del concepto, naturaleza y caracteres esenciales del aprovechamiento urbanístico según la jurisprudencia y la doctrina gubernativa recaídas en torno al mismo, abarcando esta cuestión la mayor parte de su fundamentación jurídica (fundamentos 2 a 8).

Es en los fundamentos siguientes cuando el Centro Directivo rechaza la inscripción pretendida por varios motivos entre los que destacan dos a los efectos de este comentario: los defectos números 4 y 5, íntimamente interrelacionados.

Según el defecto número 4, no cabe la inscripción del derecho de opción como libre de la prohibición de enajenar por entender que el aprovechamiento urbanístico, particularmente en la forma analógica de exceso de edificabilidad, admitido por el Centro Directivo, forma parte del dominio de la finca y, aun cuando pueda ser objeto autónomo de derechos, no queda libre del condicionamiento jurídico de la finca de la que proviene; por ello, según la nota de calificación, la inscripción solo podría hacerse arrastrando la prohibición de enajenar que grava las fincas de origen, de forma análoga a lo que ocurre en cualquier otro supuesto de formación de nuevas fincas a partir de otra inscrita (segregación, agrupación, división, etc…).

El defecto número 5 deniega la inscripción por entender que la concesión del derecho de opción vulnera por sí misma la prohibición temporal de enajenar ya que su ejercicio daría lugar a la adquisición del aprovechamiento por parte del optante y su materialización mediante la correspondiente edificación e implicaría la adquisición del dominio de parte de los elementos construidos, añadiendo que la prohibición no solo afecta a la edificación existente con anterioridad, sino también a la mayor edificabilidad resultante de un Plan General aprobado con posterioridad, pues el aprovechamiento forma parte del dominio de la finca y la prohibición de enajenar alcanza a todo el dominio.

La cuestión a la que se enfrenta la Resolución resulta tan interesante como compleja; como sucede en algunas ocasiones, tanto el recurso gubernativo interpuesto, reproducido en el apartado de los Hechos, como la fundamentación jurídica empleada por el Centro Directivo para desestimar el recurso confirmando la nota de calificación presentan argumentos razonados y no carentes de fundamento. Sin embargo, a la inversa, también pueden encontrarse ciertas debilidades en los dos criterios enfrentados.

En estas líneas vamos a contemplar la cuestión desde una óptica más alejada: nos centraremos en la incidencia de la prohibición inscrita sobre la facultad de enajenación de los derechos derivados de una modificación del planeamiento urbanístico que atribuye a las fincas afectadas una edificabilidad mayor que la efectivamente consumida por las edificaciones preexistentes. Realizaremos tal análisis de manera genérica, es decir, sin circunscribirnos al derecho de aprovechamiento urbanístico y en términos generales que abarquen cualquier contenido de derechos susceptible de ser objeto de transmisión y de resultar afectado por la prohibición (incluyendo desde la constitución de un derecho de sobreelevación o de un complejo inmobiliario hasta la transmisión eventual de las nuevas construcciones efectuadas en virtud del nuevo planeamiento).

Por ello, no vamos a detenernos en el análisis del derecho de aprovechamiento urbanístico y de su inscribibilidad o no en folio independiente, sino que lo que interesa a estos efectos es, en términos generales, si la prohibición inscrita sobre una finca se circunscribe al objeto del negocio jurídico traslativo que la introduce en el estado en que se encontraba en el momento de su celebración (en el caso concreto contemplado por la Resolución, el momento del otorgamiento del testamento que la contiene), o si, por el contrario, ha de extenderse a los nuevos contenidos del derecho de propiedad derivados de un cambio ulterior en la ordenación urbanística o incluso a las nuevas edificaciones que en cumplimiento de las previsiones del planeamiento pudieran construirse por el dueño del bien gravado.

2. La materialización de la mayor edificabilidad permitida por la nueva ordenación urbanística

La materialización del aprovechamiento urbanístico tiene lugar cuando, una vez cumplidos los deberes urbanísticos en cada caso exigibles y previa la obtención de las licencias y autorizaciones que sean preceptivas según la legislación urbanística aplicable, se realiza la construcción permitida por el plan, pasando esta a formar parte del patrimonio de quien ostentaba aquel aprovechamiento cualquiera que sea el mecanismo civil empleado a tal fin (la adquisición por el dueño del suelo en virtud del principio de accesión, el derecho de superficie, la propiedad horizontal, el complejo inmobiliario…).

Desde el punto de vista civil, la mayor edificabilidad atribuida por un cambio en el planeamiento urbanístico atribuye al dueño del edificio preexistente una facultad o derecho de sobreelevación que es susceptible de transmisión a un tercero, como se desprende del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, según cuyo primer inciso «el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3.º del artículo 8 de la Ley y sus concordantes».

En cambio, desde una perspectiva puramente urbanística, la materialización del nuevo aprovechamiento permitido por el plan trasciende del concepto del derecho subjetivo para pasar a constituir un auténtico deber. La actividad de planificación urbanística constituye una función pública y por tanto se supedita a ella cualquier género de disposición particular existente sobre los bienes, aunque esta sea civilmente legítima, por la razón fundamental de que el planeamiento urbanístico lleva a cabo la configuración y delimitación normal del dominio, por mandato de la Ley según su condición de elemento normativo desgajado de ella.

3. Los deberes urbanísticos y las consecuencias de su incumplimiento

Frente a la concepción tradicional del derecho de propiedad como un derecho absoluto, el Derecho ha destacado desde antiguo la función social que ha de respetar su ejercicio y ha delimitado su contenido merced a las necesidades de orden público derivadas, en lo que aquí interesa, de la planificación urbanística.

A esta idea responde la legislación urbanística desde la primera Ley del Suelo de 1956 hasta nuestros días. De ahí la norma contenida en el artículo 4.1 del vigente texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 (en adelante, TRLSRU), según el cual «la ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes». La misma idea es recogida de forma reiterada en la legislación urbanística autonómica.

La irrupción del urbanismo supuso por lo tanto la necesidad de supeditar los intereses legítimos de los propietarios y titulares de derechos sobre bienes inmuebles a los superiores intereses derivados de la función social que esta está llamada a desempeñar. La existencia de una carga impuesta por voluntad de

los particulares, como sería el caso de una prohibición de disponer, no puede anteponerse a dicha función social. De ahí que la existencia de tal restricción de la facultad dispositiva no tenga la virtualidad de impedir, por ejemplo, el cumplimiento del deber legal de cesión gratuita de terrenos para dotaciones públicas (art. 18.1 del TRLSRU), los cuales han de recibirse por la Administración libres de toda carga por su condición de bienes afectos al dominio público, que por definición no son susceptibles de gravamen. Y lo mismo cabe decir respecto del deber legal de edificar.

En este sentido, la doctrina se ha ocupado detenidamente del asunto aquí tratado. Como afirma LASO MARTÍNEZ[1], «la razón de ser de esta supeditación del régimen jurídico privado al resultante del planeamiento urbanístico, como elemento delimitador del contenido del derecho de propiedad, reside en configurarse el Plan, según se ha adelantado, como una función pública». Así lo entiende sin fisuras la jurisprudencia, pudiendo citarse por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1987 cuando afirma que «el urbanismo ha pasado a ser en nuestro sistema jurídico una función pública que se extiende en lo que ahora importa a la ejecución del planeamiento».

Este principio presenta numerosas manifestaciones que se recogen en las diferentes leyes del suelo autonómicas, que normalmente contemplan la actividad de edificación como un deber, más que como una facultad, que ha de cumplirse en los plazos en cada caso establecidos. Igualmente contemplan las leyes del suelo la expropiación forzosa fundada en el incumplimiento de la función social de la propiedad, que comprende, según hemos visto, el deber de edificar, así como el régimen de sustitución forzosa en el cumplimiento de los deberes urbanísticos, que desemboca igualmente en una transmisión del bien.

4. Un proteccionismo desmesurado de la prohibición de enajenar puede resultar contraproducente

En contraste con todo lo anterior, la Resolución comentada entiende que la prohibición de disponer solo claudicaría ante una actuación administrativa de carácter forzoso como sería la expropiación. En nuestra opinión, bajo tal esquema coactivo lo que se encuentra latente es el deber legal de ejecución del planeamiento; la procedencia de su cumplimiento subsiste como exigencia legal también cuando tal ejecución es asumida por los particulares, como sucedería con el cumplimiento del deber de cesión gratuita de suelos correspondientes al porcentaje del aprovechamiento determinado por la ley con ocasión de la promoción de las actuaciones de transformación urbanística según el artículo 18.1.b) del vigente TRLSRU. El propio precepto aclara que el suelo ha de entregarse «libre de cargas», por lo que nos encontramos ante un ejemplo en que la prohibición de enajenar que pudiera recaer sobre los suelos objeto de cesión también claudicaría ante el cumplimiento por un particular de un deber legal, como es el caso del deber de cesión de suelo, pero también del de edificar.

Es más, el supuesto de hecho contemplado en la Resolución bien podría tener lugar dentro del desarrollo de una actividad de dotación de las definidas en el artículo 7.1.b) del TRLSRU como aquellas «que tengan por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieran la reforma o renovación de la urbanización de este». Para tales

casos, el artículo 18.2 del mismo cuerpo legal impone el deber de entrega de suelo también libre de cargas, lo que igualmente supone la liberación de la prohibición de enajenar que pudiera recaer sobre él sin necesidad de que su incumplimiento hubiera iniciado una actividad administrativa de carácter ejecutivo dirigida a tal fin.

En definitiva, el eventual incumplimiento del deber de edificar conforme al nuevo plan podría desembocar en la expropiación forzosa quedando así frustrada la voluntad de quien impuso la prohibición, al pasar la finca al expropiante o al beneficiario libre de toda carga, incluida aquella. Y es precisamente ese efecto, la liberación de la prohibición, el que se trata de impedir mediante la aplicación del criterio seguido por la Resolución comentada. Puede darse el caso de que el dueño de la edificación preexistente no quiera (por no ser promotor) o no pueda (por falta de recursos y financiación) agotar la nueva edificabilidad reconocida por el plan. En ese supuesto, de mantenerse a ultranza la línea seguida por la Resolución en defensa de la prohibición de enajenar podría producirse precisamente el efecto contrario: dejar vía libre a la aplicación del régimen de expropiación forzosa previsto legalmente para el caso de incumplimiento del deber de edificar, mecanismo que daría lugar a la transmisión del inmueble con total liberación de la prohibición de cuya preservación se trataba. En cambio, si al propietario se le permitiera transmitir el derecho de sobreelevación a un tercero que sí tuviera la voluntad y posibilidad de materializarlo, la prohibición de enajenar seguiría gravando el mismo objeto sobre el que inicialmente se había constituido (la parte de la edificación primitiva), pero quedando la nueva edificación o la ampliación de la preexistente libres de tal carga, como se pretendía por el presentante del título en el caso que contemplamos.

La razón de ser de la prohibición se vería burlada si la pasividad del heredero supusiera la posibilidad de perder la titularidad del edificio por incumplimiento de los deberes urbanísticos. Concurre, pues, una causa de necesidad o utilidad evidente que justifica sobradamente una actuación que impida que tal efecto se produzca. Así lo aprecia el legislador en diversos supuestos de administración de bienes ajenos, como la que ejercen los representantes de un ausente (art. 186 del Código Civil) o los padres en cuanto titulares de la patria potestad (art. 166 del Código Civil), en que excepcionalmente se permite la enajenación de los bienes administrados cuando se produce alguna de las causas citadas.

En consecuencia, podría entenderse que la voluntad de la testadora era preservar en el tiempo el servicio que los bienes objeto de la institución de heredero habrían de prestar al colegio mayor en el estado en que se encontraban, lógicamente, en el momento del testamento y sin tener en cuenta las vicisitudes urbanísticas que se sucedieron con posterioridad a la apertura de la sucesión, que ni se habían previsto por ella ni podrían haberlo sido. Otra cosa supondría una interpretación extensiva de dicha voluntad, proscrita por el carácter excepcional de las prohibiciones de disponer como limitaciones singulares del derecho de propiedad.

5. Consideraciones finales

Como se ha visto, la Dirección General sostiene que la prohibición impide la transmisión puramente voluntaria del derecho de aprovechamiento urbanístico, al entender que sobre él se extiende la prohibición de enajenar inscrita.

Ciertamente, la Resolución, como no podía ser de otro modo conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, se circunscribe al concreto objeto del debate, que es la inscribibilidad o no del derecho de opción sobre el nuevo aprovechamiento urbanístico, y no se plantea la hipótesis en los términos más amplios que aquí analizamos.

Sin embargo, realiza ciertas afirmaciones que podrían trasladarse a la perspectiva que seguimos aquí. La primera consiste en que «no se está, mientras no se independice de su dominio originario, ante un nuevo objeto de derecho que se atribuye o agrega por la ordenación, sino ante una facultad jurídica, susceptible de valoración económica, de materializar mediante la edificación, el aprovechamiento que en cada momento permita el planeamiento sobre la finca, incorporándolo al patrimonio de su respectivo titular».

La segunda afirmación que destacamos es la siguiente: «con la mera modificación de la ordenación urbana y el cumplimiento de sus condiciones, varía el contenido económico del derecho de propiedad, pero no el objeto del derecho, la finca, que permanece inalterado, por lo que no puede defenderse que aquellos cambios de ordenación supongan la adquisición de nuevos objetos de derecho, independientes, por tanto, del objeto del derecho adquirido por sucesión hereditaria y sujeto a limitación testamentaria que afecta a la facultad de enajenar».

De ambas afirmaciones parece desprenderse *a contrario sensu* que, una vez que el aprovechamiento se hubiera «independizado de su dominio originario» ese, esto es, una vez «materializado mediante la edificación» y «patrimonializado», sí nos encontraríamos «ante un nuevo objeto de derecho» que sería «independiente del objeto del derecho adquirido por sucesión hereditaria y sujeto a limitación testamentaria». En tal caso, habría quedado allanado el obstáculo que impedía aquella transmisión, que sería posible respecto de ese nuevo objeto independizado y, como tal, no sujeto a la prohibición.

Y en este punto cabría invocar la argumentación que hace el promotor del recurso gubernativo dirimido por la Resolución para fundamentarlo, especialmente en lo referente al deber legal de edificar, al carácter excepcional y consiguiente interpretación restrictiva de las prohibiciones de disponer, al contenido concreto de la prohibición inscrita y al principio de accesión, cuestiones que no reproducimos aquí por su extensión pero que sí se sintetizan suficientemente en la parte fáctica de la Resolución. A la vista de tal argumentación, unida a las consideraciones vertidas al inicio del presente apartado, no sería descabellado sostener que, si el nuevo aprovechamiento se hubiera materializado por el propietario mediante la realización de la construcción permitida por el planeamiento, ya no habría obstáculo para la transmisión a un tercero de la nueva construcción liberada (como tal objeto independiente) de la prohibición, la cual, no obstante, habría de subsistir respecto de la edificación preexistente y sobre la que recaía originaria y exclusivamente dicha prohibición. Y ello, como dijimos, cualquiera que fuera la fórmula civil de articulación de los respectivos derechos, que podría consistir, por ejemplo, en la constitución de un régimen de propiedad horizontal o complejo inmobiliario o en la modificación del preexistente, o en un derecho de superficie, según las circunstancias de cada caso.

Finalmente, dando un paso más, cabría entender que esa solución llevaría al mismo resultado práctico que el que la propia Resolución trata de evitar: la transmisión del derecho de aprovechamiento urbanístico a un tercero quedando liberado de la prohibición de enajenar el adquirente, quien, una vez realizada la nueva construcción, la haría suya bajo el régimen jurídico-civil que a tal fin se

hubiera acordado, pero manteniéndose en todo caso la prohibición respecto de los elementos inmobiliarios originarios.

NOTAS

[1] LASO MARTÍNEZ, J.L., Las prohibiciones de disponer y el cumplimiento de los deberes sociales de propiedad, trabajo incluido en el *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola* (Centro de Estudios del Colegio de Registradores, 2006, 993 y sigs.).

4. DERECHO BANCARIO

Análisis de la capacidad, régimen regulatorio y concursal de las operaciones de derivados concertadas por las SOCIMIs

Analysis of the capacity, regulatory regime and bankruptcy regime of derivative transactions entered into by SOCIMIs

por

IGNACIO RAMOS VILLAR

Profesor Asociado. Departamento de Derecho Económico y Social - Universidad Pontificia Comillas (ICAI-ICADE)

Doctor. Universidad Autónoma de Madrid

Abogado

RESUMEN: Análisis de las cuestiones jurídicas que el empleo de derivados por parte de las SOCIMIs plantea en el actual contexto de cambio normativo, desde la triple vertiente societaria —capacidad de la SOCIMI para concertar operaciones de derivados—, del mercado de valores —obligaciones regulatorias derivadas de su concertación—, y concursal —posibilidad de declaración del vencimiento anticipado en caso de concurso de la contraparte o de la SOCIMI—, precedido del análisis de la tipología de derivados que pueden concertar las SOCIMIs y la documentación de los mismos.

ABSTRACT: Analysis of the legal issues arising out from the entering into derivative transactions by Spanish REITs (SOCIMIs), from a triple perspective: corporate —capacity of the SOCIMI to enter into derivative transactions—, capital markets —regulatory obligations arising out from the entering into them—, and bankruptcy —possibility of declaring the early termination of the derivative upon the bankruptcy of the counterparty or of the SOCIMI—. Said analysis is preceded by the study of the derivatives a SOCIMI can enter into and of the documentation thereof.

PALABRAS CLAVE: SOCIMI. REIT. Derivado. Instrumento financiero. Capacidad. Ultra vires. EMIR. MiFID. Netting.

KEY WORDS: SOCIMI. REIT. Derivative. Financial instrument. Capacity. Ultra vires. EMIR. MiFID. Netting.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TIPOLOGÍA DE DERIVADOS CONCERTADOS POR LAS SOCIMIS.—III. DOCUMENTACIÓN.—IV. DIMENSIÓN

SOCIETARIA: CAPACIDAD DE LA SOCIMI PARA CONCERTAR DERIVADOS. —V. DIMENSIÓN DEL MERCADO DE VALORES: OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA CONCERTACIÓN DE DERIVADOS POR LA SOCIMI.—VI. DIMENSIÓN CONCURSAL: POSIBILIDAD DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—VII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta llamativa la ausencia desde el plano legal de estudios específicos sobre la concertación de derivados por parte de las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario (SOCIMIs) tanto a nivel nacional como en relación a las figuras asimilables a las mismas en el plano internacional (*inter alia*, *real estate investment trusts* (REITs) en Estados Unidos y Reino Unido, y *sociétés de investiment cottée* en Francia)[1], máxime cuando la revisión de la información proporcionada por las SOCIMIs, contenida fundamentalmente en los documentos generados con ocasión de la admisión a negociación de sus acciones[2] en sistemas multilaterales de negociación[3], revela el frecuente empleo que hacen estas entidades de los citados instrumentos financieros.

El presente artículo tiene por objeto suplir dicha laguna, analizando las cuestiones jurídicas que el empleo de derivados por parte de las SOCIMIs plantea en el actual contexto de cambio normativo, desde la triple vertiente societaria, del mercado de valores y concursal.

II. TIPOLOGÍA DE DERIVADOS CONCERTADOS POR LAS SOCIMIS

A diferencia de lo que ocurre con otros vehículos de inversión inmobiliaria[4], la normativa reguladora de las SOCIMIs no contempla explícitamente un régimen específico delimitador de los derivados que pueden ser concertados por las mismas. No obstante, el examen de la información públicamente disponible revela algunas pautas comunes en la tipología de derivados que conciertan las SOCIMIs en cuanto a su subyacente, finalidad, estructura contractual, forma de liquidación y lugar de negociación.

Atendiendo al subyacente del derivado, la contratación se centra en tipos de interés e inflación, en el primer caso habitualmente con la finalidad de gestionar —eliminando o reduciendo— el riesgo de variación en el tipo de interés asociado a toda o parte de la financiación, habitualmente bancaria, concedida a la SOCIMI, y en el segundo caso, con el propósito de mitigar los riesgos derivados de fluctuaciones en los contratos de arrendamiento concertados por la SOCIMI cuyo importe se encuentre vinculado a la evolución de índices de precios. La finalidad perseguida con la concertación del derivado es, por lo tanto, habitualmente de cobertura, si bien la concertación con finalidad de inversión no resulta desconocida[5].

En cuanto a la estructura contractual que reviste el derivado, suele tratarse, en el caso de derivados que tengan como subyacente tipos de interés, de *swaps* de tipo de interés fijo contra variable (siendo la SOCIMI el pagador de tipo fijo, y la contraparte el pagador de tipo de interés variable) y de *collars*; y en el caso de inflación, de *swaps*. Atendiendo a la forma de liquidación del derivado, esta suele tener lugar únicamente por diferencias, sin que haya en ningún momento entrega del activo subyacente. Finalmente, en función del lugar de negociación,

la concertación se concentra fundamentalmente en los mercados no organizados u *over the counter* (habitualmente conocidos por su acrónimo, OTC[6]).

No obstante, la tipología de derivados que pueden ser concertados por las SOCIMIs trasciende los ejemplos anteriores, dado que, sin abandonar siquiera la finalidad de cobertura, cabría la posibilidad de que las SOCIMIs concertaran, entre otros, derivados sobre tipo de cambio[7], sobre índices inmobiliarios, sobre las propias acciones cotizadas de la SOCIMI[8] o, incluso, en cuanto expuestas al riesgo de crédito, sobre riesgo de crédito. Adicionalmente, cabe la posibilidad de que las SOCIMIs concierten (e incluso en muchas ocasiones habrán inadvertidamente concertado) derivados implícitos; esto es, derivados que se presentan formando parte de un contrato[9], como puede ser un depósito[10], o de otro instrumento financiero, como puede ser un valor negociable u otro derivado[11].

III. DOCUMENTACIÓN

Centrándonos en los derivados OTC[12], la documentación de los derivados concertados por las SOCIMIs no refleja particularidades significativas respecto a la práctica habitual del mercado, articulándose habitualmente en dos niveles: un documento en el que se detallarán, como mínimo, los términos económicos específicos del mismo —la confirmación—, y un documento, al que la confirmación quedará sujeta, en el que se recogerán los términos generales que regirán la relación contractual, de negocio y de crédito entre las partes —el contrato marco[13]—, contrato pre-impreso[14] con términos estándar[15] cuyas estipulaciones las partes pueden reemplazar, complementar o modificar[16] para adaptarlos a su relación contractual particular mediante un anexo al mismo[17].

Dentro de los términos que recogerá la confirmación[18] destacan los términos sustantivos del derivado, que serán habitualmente elaborados sobre la base de las reglas, procedimientos y estructuras desarrollados por el mercado[19]. No obstante, no existiendo ninguna obligación para ello, pueden encontrarse casos en los que el derivado se documente sin sujeción a contrato marco y a los estándares de mercado[20], creando una regulación *ad hoc* al respecto[21].

IV. DIMENSIÓN SOCIETARIA: CAPACIDAD DE LA SOCIMI PARA CONCERTAR DERIVADOS

En cuanto sociedad anónima[22], no puede descartarse la posibilidad de que la concertación de un derivado por parte de una SOCIMI sea cuestionada por el administrador concursal en caso de concurso de la misma, o incluso por la propia SOCIMI si se sustituyese su administración y la nueva administración decidiese revisar la operación concertada, sobre la base de la hipotética transgresión del objeto social recogido en los estatutos de la SOCIMI.

Tal riesgo no es novedoso, habiéndose empleado dicho argumento en relación con sociedades y operaciones de derivados en general —sobre todo en los sistemas de capacidad especial[23], en los que el objeto social delimita la capacidad jurídica de la sociedad— para argumentar que una sociedad no puede concertar derivados si estos no se encuentran comprendidos en su objeto social, pues carecería de capacidad al respecto[24], al exceder este tipo de operaciones del objeto social especificado en los documentos constitutivos de la misma y siendo, por tanto, los mismos actos *ultra vires*[25]. No habiendo capacidad, la concertación del derivado

por parte de una sociedad sería, por tanto, de acuerdo con este argumento, un acto radicalmente nulo en dichos supuestos, aun cuando contase con el consentimiento de todos los accionistas.

Dicha doctrina no tuvo cabida, sin embargo, en el Derecho continental europeo, donde se admite pacíficamente el principio de la capacidad general de las sociedades, teniendo la descripción del objeto social únicamente el alcance de delimitar el poder de representación de los administradores[26]. Las operaciones que exceden tal límite son ineficaces, pero pueden ser subsanables mediante la ratificación de la junta general. Tal es el caso de España[27], donde se recoge, en régimen aplicable a las SOCIMIs, una concepción atenuada del *ultra vires* al prescribir que el objeto social señala el límite de imputación a la sociedad de los actos que realicen sus administradores, añadiendo que tales limitaciones no se pueden oponer a los terceros contratantes con la sociedad que hubieren obrado de buena fe y sin culpa grave[28].

V. DIMENSIÓN DEL MERCADO DE VALORES: OBLIGACIONES REGULATORIAS DERIVADAS DE LA CONCERTACIÓN DE DERIVADOS POR LA SOCIMI

Los mercados de derivados, y en particular el mercado de derivados OTC, se encuentran sometidos a una intensa reforma, contenida fundamentalmente[29] en el reglamento europeo habitualmente referido por el acrónimo EMIR[30], norma que tiene como propósito fundamental dar cumplimiento a los objetivos marcados en materia de derivados por el G-20, y que imponen una serie de obligaciones tendentes a reducir los riesgos percibidos en los mismos, entre los que se incluye el compromiso de que todos los contratos de derivados OTC «estandarizados» se liquiden a través de una entidad de contrapartida central, y que aquellos que no se puedan liquidar a través de una entidad de contrapartida central queden sujetos a mayores requisitos para reflejar los mayores riesgos asociados con los mismos[31]. Desde su aprobación, EMIR ha sido complementado mediante distintos reglamentos de desarrollo y normas técnicas[32], y clarificado en distintos puntos por ESMA[33] y por la Comisión Europea[34].

Los requisitos que impone EMIR no aplican a todo tipo de instrumentos, sino únicamente a aquellos que califiquen como «derivados» a los efectos previstos en la norma. Resulta, por lo tanto, necesario analizar si los derivados que habitualmente pueda concertar una SOCIMI tienen la consideración de «derivado» a los efectos previstos en EMIR, concepto este que no se encuentra definido en la norma, remitiéndose al efecto a la enumeración de instrumentos financieros realizada por MiFID[35], y dentro de los cuales quedarán habitualmente comprendidos los derivados que más frecuentemente concierte una SOCIMI, incluyendo los derivados sobre tipos de interés[36] y los derivados sobre inflación[37] referidos anteriormente[38].

Analizado el sometimiento de los derivados que concierte una SOCIMI a EMIR, debe analizarse el tipo concreto de derivado en el que se integrarán a efectos del mismo, y en particular si deben ser considerados a efectos de la norma contratos de derivados OTC[39] o no, dado que las obligaciones que EMIR impone difieren en uno y otro caso[40]. A dichos efectos, EMIR considera «derivado OTC» al derivado «cuya ejecución no tiene lugar en un mercado regulado», tal y como los mismos se definen en MiFID[41], o en un mercado de un tercer país que se considere equivalente a un mercado regulado[42]. Dado que los derivados que

habitualmente concierta una SOCIMI no se ejecutan en un mercado regulado, deberán ser considerados derivados OTC a los efectos de EMIR[43]. Adicionalmente, resultará también necesario —a efectos de determinar sobre todo el posible sometimiento del derivado a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central— concretar la categoría específica de derivado a la que pertenece[44].

Ha de tenerse en cuenta que el eventual incumplimiento de las obligaciones impuestas por EMIR no conlleva la nulidad del derivado, pero sí la posibilidad de imposición de sanciones por parte de la autoridad supervisora[45], cuyo volumen dependerá no solo del tipo de obligación infringida, sino también de la categorización que la entidad infractora tenga a efectos de EMIR[46].

Al respecto, EMIR distingue cuatro grupos de entidades. El primer grupo lo integran las entidades de crédito[47], las empresas de servicios de inversión[48], las empresas de seguros[49], las empresas de reaseguros[50], los organismos de inversión colectiva y sus sociedades de gestión[51], los fondos de pensiones[52] y los fondos de inversión alternativos gestionados por gestoras de fondos de inversión alternativa[53], a los que EMIR identifica como «contrapartes financieras»[54]. El segundo grupo lo componen todas aquellas empresas que no tengan la consideración de contraparte financiera de acuerdo con lo referido anteriormente o de entidad de contrapartida central, y a las que EMIR identifica como «contrapartes no financieras»[55]. Por su parte, el tercer grupo lo integran las entidades que, teniendo la condición de «contrapartes no financieras», pertenezcan a un grupo cuyo volumen de concertación de operaciones de derivados OTC exceda de determinados umbrales[56], y que la práctica de mercado identifica a efectos operativos como «contrapartes no financieras plus». Finalmente, el cuarto grupo lo componen las entidades de terceros países que hubieran entrado dentro de alguna de las categorías anteriores de haber estado establecidas en la UE y siempre que los derivados que concierten tengan un efecto directo, importante y predecible dentro de la UE, o la aplicación de las obligaciones previstas en EMIR sea necesaria o adecuada para evitar la elusión de cualquier disposición de EMIR[57].

Habitualmente la contraparte de todo derivado que concierte una SOCIMI será una entidad que califique como «contraparte financiera» a los efectos previstos anteriormente —concretamente, una entidad de crédito o empresa de servicios de inversión—, o una entidad de un tercer estado que hubiera calificado como «contraparte financiera» de haber estado establecida en la UE[58]. La SOCIMI tendrá, por su parte, de partida la consideración de «contraparte no financiera», siendo necesario realizar un análisis específico de su grupo para determinar si puede tener la consideración de «contraparte no financiera plus». La pertenencia de la SOCIMI a una u otra categoría no es baladí, pues la adscripción a una u otra determinará las obligaciones concretas que deberán ser asumidas por las partes bajo el derivado y la frecuencia de cumplimiento de las mismas.

Para ello, deberá realizarse un proceso de análisis secuencial que comienza con la delimitación del grupo al que pertenece la SOCIMI[59]. Una vez delimitado el grupo, deberán identificarse dentro del mismo todas las operaciones de derivados OTC concertadas por las entidades que lo integran y que no tengan la consideración de «contrapartes financieras», incluyendo las operaciones concertadas entre entidades del grupo. Identificadas dichas operaciones, se deberán excluir todas las operaciones de derivados OTC que tengan la consideración de operaciones de cobertura, entendiendo por tales las operaciones de derivados OTC que reduzcan de una manera objetivamente medible los riesgos relacionados directamente con la actividad comercial o la actividad de financiación de tesorería de la entidad

o del grupo[60]. Las operaciones de derivados OTC que queden después de haber realizado las anteriores operaciones habrán ser agrupadas en cinco grupos atendiendo a su subyacente —riesgo de crédito, renta variable, tipos de interés, tipos de cambio y un último que abarca las materias primas y los restantes subyacentes—. En el supuesto de que, en cualquier momento, la posición media a lo largo de treinta días hábiles supere el umbral previsto en cualquiera de los cinco grupos de subyacentes[61], la SOCIMI tendrá la consideración de «contraparte no financiera plus»[62].

Con carácter general, las obligaciones a las que la SOCIMI y la contraparte pueden quedar sujetas en relación con EMIR se agrupan en dos grandes grupos. De un lado, las obligaciones que en ocasiones se califican —indebidamente— de administrativas, por ser su contenido teóricamente de corte administrativo[63] y, de otro, las obligaciones que se califican de económicas, por ser este su contenido central. Entre las primeras, encontramos la obligación de reporte de las operaciones a repositorios, la pronta confirmación de las operaciones, la reconciliación de la cartera de operaciones, la compresión de la cartera de operaciones, el establecimiento de mecanismos de resolución de disputas[64], y la valoración diaria de las operaciones. Entre las segundas, la liquidación de determinadas operaciones de derivados OTC a través de una entidad de contrapartida central, y la entrega de colateral en las operaciones de derivados OTC que no se encuentren sometidas a dicha obligación.

La determinación de las obligaciones concretas que deberán ser cumplidas por la SOCIMI y la contraparte y la extensión de las mismas dependerá del estatus que ambas partes tengan a efectos de EMIR. En el supuesto habitual de que la SOCIMI tenga la consideración de «contraparte no financiera» y su contraparte de «contraparte financiera», el derivado únicamente quedará sujeto a las obligaciones de reporte de la operación a un repositorio, pronta confirmación de la operación, reconciliación, compresión, e inclusión de mecanismos de resolución de disputas. Por el contrario, en el supuesto de que la SOCIMI tenga la consideración de «contraparte no financiera plus», el derivado quedará adicionalmente sometido a la obligación de valoración diaria de las operaciones por ambas partes y a las obligaciones económicas referidas anteriormente[65]. Finalmente, en el supuesto de que la contraparte no se encuentre establecida en la UE, seguirán aplicando las anteriores obligaciones, si bien con carácter unilateral para la SOCIMI[66].

Comenzando por la obligación de reporte, tanto la SOCIMI como su contraparte[67] deberán reportar[68] la concertación, modificación o terminación del derivado[69]. Dicho reporte habrá de realizarse a un repositorio —entidades privadas que tienen por finalidad recopilar la información relativa a las operaciones de derivados[70] y mantenerla a disposición de las autoridades supervisoras[71]— registrado o reconocido bajo EMIR, y no más tarde del siguiente día hábil tras su concertación, modificación o terminación. En cuanto al contenido del reporte, este deberá comprender, entre otros, los datos identificativos de las partes[72] y de la propia operación[73].

En relación con la pronta confirmación de las operaciones, EMIR establece que los términos de las operaciones de derivados deberán confirmarse[74] tan pronto como sea posible y a más tardar a cierre de negocio del segundo día hábil siguiente a su concertación, empleando medios electrónicos para ello cuando estos estén disponibles[75]. Dicho plazo se reduce a un día hábil en el supuesto de que la SOCIMI tenga la consideración de «contraparte no financiera plus» a efectos de EMIR[76].

Por su parte, la obligación de reconciliación requiere que la SOCIMI y la contraparte acuerden por escrito los medios bajo los cuales se va a llevar a cabo la reconciliación de los términos, con objeto de evitar discrepancias en los mismos. La reconciliación debe realizarse por la SOCIMI y la contraparte o por un tercero cualificado y mandatado por las partes, y deberá comprender los términos principales de las operaciones[77].

Adicionalmente, con objeto de tratar de reducir el número de disputas entre las partes de los derivados OTC y facilitar su ágil resolución, EMIR contempla que la SOCIMI y la contraparte establezcan procedimientos y procesos detallados que cubran la identificación, registro y control de disputas relativas a la valoración de operaciones de derivados OTC e intercambio de colateral; y la resolución de disputas de una manera ágil, estableciendo procedimientos específicos para aquellas disputas que no hayan sido resueltas en el plazo de cinco días hábiles[78].

Finalmente, con el objetivo de tratar de reducir el número de operaciones de derivados OTC vivas en el mercado y evitar duplicidades, la SOCIMI y la contraparte deberán analizar al menos un par de veces al año la posibilidad de comprimir su cartera de derivados cuando el número de operaciones vivas entre ellas exceda de quinientas operaciones[79].

A las anteriores obligaciones hay que sumar, en el caso de que la SOCIMI tenga la consideración de «contraparte no financiera plus»[80], la obligación de valorar diariamente contra mercado sus operaciones de derivados, y contra modelo cuando las condiciones del mercado lo impidan[81], así como las obligaciones económicas referidas anteriormente —la liquidación obligatoria de determinadas operaciones de derivados OTC a través de una entidad de contrapartida central[82] (con la aportación de margen en beneficio de dicha entidad de contrapartida central), y la entrega de colateral en las operaciones de derivados OTC que no se encuentren sujetas a liquidación obligatoria a través de una entidad de contrapartida central[83]—.

En relación con la primera de ellas, EMIR contempla la liquidación obligatoria a través de una entidad de contrapartida central[84] de aquellas operaciones de derivados OTC que se encuentren dentro de las clases de derivados OTC que la Comisión Europea y el Parlamento Europeo consideren deben estar obligatoriamente sujetas a liquidación a través de una entidad de contrapartida central[85]. Por el momento, se han aprobado al respecto dos grupos de clases[86]: gran parte de los derivados sobre tipos de interés (incluyendo *swaps*)[87], y determinados tipos de derivados de crédito[88].

En el supuesto de que, en aplicación de las anteriores reglas, el derivado concertado por una SOCIMI que tenga la consideración de «contraparte no financiera plus» no quede sujeto a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central[89], deberá ser objeto de entrega bilateral de colateral[90].

VI. DIMENSIÓN CONCURSAL: POSIBILIDAD DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La posibilidad de declarar el vencimiento anticipado del derivado en caso de concurso de la SOCIMI o de la contraparte dependerá de si el derivado se ha concertado o no al amparo de un acuerdo que prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo[91]. Si tal ha sido el caso, la SOCIMI o su contraparte, según resulte, podrá

declarar el vencimiento anticipado del acuerdo (y de los derivados concertados al amparo del mismo)[92], siempre y cuando el acuerdo de compensación contractual se beneficie del régimen concursal específico previsto en nuestro ordenamiento para el denominado *netting*.

Concepto fundamentalmente operativo, el concepto de *netting* nace en el ámbito de los recursos propios de las entidades de crédito, donde por primera vez se reconoce la posibilidad de que las entidades de crédito alcancen acuerdos que tengan el efecto de reducir el riesgo de crédito de la contraparte mediante la compensación de pagos[93], siendo posteriormente incorporado a la normativa europea[94] y española[95] relativa a las entidades de crédito. Desde una perspectiva legal, el *netting* es uno de los sistemas de reducción del riesgo existentes más eficaces[96], lo que ha hecho que su reconocimiento se haya extendido más allá del ámbito de las entidades de crédito[97] y hayan surgido una serie de iniciativas en torno al mismo por parte de distintos organismos públicos[98] y privados[99]. Y ello porque su empleo presenta tres importantes beneficios: la reducción del riesgo de crédito de contraparte, la reducción del riesgo de mercado y la reducción del riesgo de arbitrariedad en relación con la terminación de operaciones.

En cuanto a la reducción del riesgo de crédito de contraparte, el *netting* permite reducir el importe de los pagos debidos entre las partes en caso de vencimiento anticipado a un único pago, permitiendo expresar en base neta (y no bruta) la exposición al riesgo de crédito de contraparte. Las ventajas derivadas de dicha reducción se traducen en la reducción de los costes de transacción, conseguida mediante la reducción de las líneas de crédito requeridas por la contraparte, la reducción del margen requerido en su caso para concertar las operaciones, y la reducción de los costes de procesamiento.

En relación con la reducción del riesgo de mercado, el *netting* permite la terminación y valoración de las operaciones en un momento determinado (y no abierto) por parte de la parte no incumplidora, lo que le permite protegerse de cambios en el valor de las operaciones durante el periodo en que la otra parte se encuentre en incumplimiento. Adicionalmente, permite dicha terminación en caso de concurso, evitando por tanto que la parte no incumplidora quede expuesta al cambio de valor durante el proceso concursal[100].

En cuanto al tercero, la reducción del riesgo de arbitrariedad en relación con la terminación de operaciones —referida en ocasiones con la gráfica expresión inglesa *cherry-picking*—, el *netting* impide el riesgo de que una parte, habiendo incumplido sus obligaciones bajo el derivado, se encuentre legalmente autorizada para reclamar las cantidades que le sean debidas por la otra parte (como puede ocurrir en el caso de que la misma se encuentre concursada)[101].

El *netting* se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito concursal[102] mediante una norma de carácter especial[103], que establece un régimen específico para las operaciones recogidas dentro de su ámbito de aplicación en un triple plano: en cuanto a la posibilidad de resolver en caso de concurso —permite (pero no obliga) declarar el vencimiento anticipado de determinadas operaciones en caso de concurso de la contraparte[104] en cuanto a la forma de cálculo del importe debido resultante de la terminación[105] —permite la compensación de todas las obligaciones derivadas del contrato marco[106]—, y en cuanto al ejercicio de las acciones de reintegración —que quedan sometidas a un régimen especial en cuanto a su ejercicio[107]—. El ámbito de aplicación de la norma viene delimitado por el cumplimiento cumulativo de tres requisitos, uno objetivo, uno subjetivo y otro que podríamos denominar formal[108].

En relación con el primero, el requisito objetivo, únicamente se pueden beneficiar del mismo determinadas operaciones financieras[109]. En la medida en que los derivados que concierte la SOCIMI tengan la consideración de instrumentos financieros, el requisito objetivo quedará cumplido[110].

En cuanto al requisito subjetivo, al menos una de las partes intervinientes en el derivado[111] debe estar incluida dentro de determinadas categorías subjetivas[112], entre las que se incluyen *inter alia* las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las entidades aseguradoras, las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios y sus sociedades gestoras; los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización; los fondos de pensiones, y otras entidades financieras[113]. Siendo habitualmente la contraparte de la SOCIMI una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión, no existen dudas acerca del cumplimiento de los derivados que concierte la SOCIMI con el requisito subjetivo.

Finalmente, la norma contempla que el régimen específico del *netting* únicamente aplique a las operaciones financieras que se concierten en el marco de un acuerdo que prevea la creación de una única obligación jurídica que abarque todas las operaciones incluidas en dicho acuerdo y en virtud de la cual, en caso de vencimiento anticipado, las partes solo tendrán derecho a exigirse el saldo neto del producto de la liquidación de dichas operaciones, debiendo el saldo neto ser calculado conforme a lo establecido en el acuerdo o en los acuerdos que guarden relación con este[114]. En relación con este requisito, cabe concluir que si el derivado no se ha concertado en el marco de un acuerdo de tal tipo, el derivado no se podrá beneficiar del régimen especial del *netting*; mientras que si el derivado concertado por la SOCIMI lo ha sido en el marco de un acuerdo que cumpla dichas características, el derivado en principio se podrá beneficiar del referido régimen especial[115].

VII. CONCLUSIONES

Las SOCIMIs emplean frecuentemente operaciones de derivados, centrando por el momento su interés en operaciones OTC sobre tipos de interés e inflación. La libertad rige los términos económicos y jurídicos de las mismas, sin más limites que los que se derivan indirectamente de la política de inversión de las SOCIMIs y, recientemente, de los parámetros establecidos por el nuevo marco normativo surgido tras la crisis financiera, cabiendo concluir:

I. Que las SOCIMIs cuentan, con carácter general y sin perjuicio de que sea necesario analizar en cualquier caso los términos específicos de cada derivado, de capacidad para concertar operaciones de derivados en sus tipos habituales;

II. Que todo derivado concertado por una SOCIMI deberá cumplir con las obligaciones previstas en la normativa financiera, incluyendo, entre otras, las previstas en EMIR, y entre las que se comprenden las obligaciones de pronta confirmación, reporte, reconciliación de términos y previsión de mecanismos de resolución de disputas, pudiéndose añadir a las mismas, dependiendo del grupo concreto al que pertenezca la SOCIMI, las de liquidación del derivado a través de una entidad de contrapartida central o la colateralización del mismo; y

III. Que, siendo la contraparte de la SOCIMI en el derivado habitualmente una entidad de crédito o una empresa de servicios de inversión, y concertándose frecuentemente el derivado al amparo de un acuerdo de *netting*, los derivados

concertados por la SOCIMI gozarán generalmente de un tratamiento concursal privilegiado, pudiendo ser declarados vencidos anticipadamente en caso de concurso de la SOCIMI o de la contraparte.

ÍNDICE

- Cartmell's Case (1874) L.R. 9 Ct. App. 691
- Guiness v. Land Corporation of Ireland (1883) 22 Ch. D. 349
- Hope v. International Financial Society (1876) 4 Ch. D. 327
- In re Dronfield Silkstone Coal Co. (1881) 17 Ch. D. 76
- Phosphate of Lime Co v Green (1871) L.R. 7 C.P. 43
- SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2008
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2008
- STS de 5 de noviembre de 1959
- Teasdale's Case, L. R. 9 Ch. App. 54 (873),
- Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas. 409

BIBLIOGRAFÍA

ALCOCK, J., GLASCOCK, J. y STEINER, E. (2012). Manipulation in U.S. REIT investment performance evaluation: Empirical evidence, *The Journal of Real Estate Finance and Economics*, vol. III, núm. 47, 434-465.

ARECHEDERA ARANZADI, I. (1991). El origen de la doctrina «ultra vires» en el «common law», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XXX, núm. 1, 639-664.

ARNSDORF, M., Quantification of central counterparty risk, *Journal of Risk Management in Financial Institutions*, vol. V, núm. 3, 2012, 273-287.

AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENT COMMISSION (2015). ASIC Derivative transaction rules (Clearing) 2015.

— (2015). Consultation Paper 231, Mandatory central clearing of OTC interest rate derivative transactions.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (1989). Report on netting schemes. Prepared by the Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten countries.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (1990). Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten countries.

BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (1993). Prudential supervision of netting, market risks and interest rate risk - preface to consultative proposal.

BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (1995). Basel capital accord: Treatment of potential exposure for off-balance-sheet items.

BEALE, H. (ed.) (2012). *Chitty on Contracts: General principles*, vol. I, Londres: Sweet & Maxwell, 31.ª ed.

CAPUTO NASSETTI, F. (2007). *I contratti derivati finanziari*, Milán: Giuffrè.

COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2013). Guía de comunicación de operaciones a la CNMV.

DAVIES, P. y WORTHINGTON, S. (2012), *Gower & Davies. Principles of modern Company Law*, Londres: Sweet & Maxwell, 9.ª ed.

DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S. (2003), Efectos indeseables de la nueva Ley Concursal sobre el sistema financiero, *La Ley*, núm. 5825, 1531-1538.
— (2005). Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas, *La Ley*, núm. 2, 1908-1920.
EDWARDS, F.R. y MORRISON, E.R. (2005), Derivatives and the Bankruptcy Code: Why the special treatment?, *Yale Journal on Regulation*, vol. XXII, núm. 101, 101-133.
EUROPEAN COMMISSION (2011), Close-out netting initiative. Roadmap.
— (2014). EMIR: Frequently asked questions.
— (2017). Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the clearing obligation, the suspension of the clearing obligation, the reporting requirements, the risk-mitigation techniques for OTC derivatives contracts not cleared by a central counterparty, the registration and supervision of trade repositories and the requirements for trade repositories, COM(2017) 208 final.
EUROPEAN FINANCIAL MARKETS LAWYER GROUP e INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2008). Proposal for European instrument on close-out netting.
EUROPEAN PARLIAMENT (2012). European Parliament report on MIFIR.
EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2014). Consultation paper. Clearing obligation under EMIR (no. 3).
— (2014). Consultation paper. Clearing obligation under EMIR (núm. 1).
— (2014). Final report. Draft technical standards on the clearing obligation — Interest rate OTC derivatives.
— (2015). Feedback Statement. Consultation on the clearing obligation for non-deliverable forwards.
— (2017). Questions and Answers, Implementation of the Regulation (EU) núm. 648/2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories (EMIR).
FINANCIAL SERVICES AGENCY (2014). Cabinet Office Ordinance on Financial Instruments Business y Comprehensive Guidelines for Supervision.
FINANCIAL STABILITY BOARD (2012). Report on a global Legal Entity Identifier for financial markets.
GRUPO DE LOS VEINTE (2009). G20 Leaders Statement: The Pittsburgh Summit.
HORNG, Y., y WEI, P. (1999). An empirical study of derivatives use in the REIT industry, *Real Estate Economics*, vol. XXVII, núm. 3, 561-586.
IGLESIAS PRADA, J.L. y MASSAGUER FUENTES, J. (1999), Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de netting, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, 127-166.
INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (1996). Model Netting Act.
— (2002). 2002 Model Netting Act.
— (2004). ISDA proposal to the Commission's Securities Experts Group for a European instrument on close-out netting.
— (2006). 2006 Model Netting Act.
— (2006). ISDA comment letter (August 2005) on the Commission Green Paper on Financial Services Policy/ Renewed impetus in the context of the Commission's review of the collateral directive: ISDA comments letter of April and September 2006.
— (2006). Memorandum on the implementation of netting legislation.

MARTORANO, F. (1961). *Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano*, Nápoles: Jovene.
MESSINEO, F. (1973). Il contratto in genere. En: Cicu, A. y Messineo, F. (dirs.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXI, Milán: Giuffrè.
MORSE, G. (ed) (1992). *Palmer`s Company Law*, t. I, Londres: Sweet & Maxwell, 25.ª ed.
MUSCAT, B. (2014). Draft proposals for new EU netting provisions: further harmonisation or fragmentation?, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. XXIX, núm. 2, 116-120.
PENNINGTON, R.R. (2001). *Company Law*, Londres: Butterworths, 8.ª ed.
SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A. (1990). *El objeto social en la sociedad anónima,* Madrid: Civitas.
SANTOS MACHADO, S. (2007). Close-out netting e set-off, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliàrios*, núm. 28.
— (2008). Netting and collateral under the law of Portugal, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliàrios*, núm. 29.
SEALY, L. y WORTHINGTON, S. (2010), *Cases and materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press, 9.ª ed.
UNIDROIT (2013). Principles on the operation of close-out netting provisions.
VALPUESTA GASTAMINZA, E.M.ª., y GALLEGO SÁNCHEZ, E. (1997). Contratos de financiación (II). En: Calvo Caravaca, A.L. y Fernández de la Gandara, L. (dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid: Tecnos (1029-1147).
VEIGA COPO, A.B. (2008). Garantías financieras *vs.* garantías fiduciarias, o cómo sustraerse a la vis concursal, *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 73, 43-83.
VILLEGAS, C.G. y VILLEGAS, C.M. (2001). *Aspectos legales de las finanzas corporativas. Conceptos básicos de finanzas corporativas*, Madrid: Dykinson.

NOTAS

[1] En el plano económico, la escasez es igualmente significativa. Algunas excepciones se encuentran en HORNG, Y., y WEI, P. (1999). An empirical study of derivatives use in the REIT industry, *Real Estate Economics*, vol. XXVII, núm. 3, 561-586; y ALCOCK, J., GLASCOCK, J. y STEINER, E. (2012). Manipulation in U.S. REIT investment performance evaluation: Empirical evidence, *The Journal of Real Estate Finance and Economics*, vol. III, núm. 47, 434-465.

[2] En cumplimiento de lo previsto en el artículo 4 de la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario (*BOE* de 27 de octubre de 2009).

[3] *Vid.* los documentos informativos de incorporación al Mercado Alternativo Bursátil, segmento para SOCIMIS (MAB-SOCIMIs) registrados por las distintas SOCIMIs.

[4] Como es el caso p. ej. de los fondos de inversión inmobiliaria y de las sociedades de inversión inmobiliaria.

[5] Aunque esta se encuentra implícitamente limitada por los estrictos requisitos de inversión a que se encuentran sometidas las SOCIMIs (*vid.* art. 3 de la Ley 11/2009).

[6] A diferencia de los mercados organizados, los mercados OTC no se encuentran definidos normativamente, siendo las referencias a los mismos, como era de esperar para un mercado hasta tiempos muy recientes no sometido directamente al legislador, escasas (al respecto *vid.* el Reglamento 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones [*BOE* de 27 de julio de 2012], conocido en la práctica de mercado por su acrónimo en inglés, EMIR, que define en su art. 2.7) los «derivados

extrabursátiles» —en traducción muy poco afortunada del original inglés *OTC derivative*— como «*un contrato de derivados cuya ejecución no tiene lugar en un mercado regulado*», tal como estos se definen en el artículo 4.1.14 de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo —directiva conocida por su acrónimo en inglés, MiFID—, o en «*un mercado de un tercer país que se considere equivalente a un mercado regulado*» de conformidad con el artículo 19.6 de MiFID; y el expositivo (31) del Reglamento (UE) núm. 600/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativo a los mercados de instrumentos financieros y por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 —reglamento habitualmente referido por su acrónimo, MiFIR—. En relación con este punto, *vid.* también EUROPEAN PARLIAMENT (2012). European Parliament report on MIFIR, en el que se define el *over-the-counter trading* como aquel «*carried out by an eligible counterparty on its own account, outside a trading venue or a systematic internaliser, on an occassional and irregular basis, with eligible counterparties and always at large in scale*». Idéntica escasez se manifiesta también por parte de los supervisores (*vid.* no obstante COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES (2013). Guía de comunicación de operaciones a la CNMV, 9, para una de las pocas indicaciones que realiza un supervisor de lo que ha de entenderse por OTC, donde los define como aquellos derivados «*no admitidos a cotizar en mercados organizados*»). Estructuralmente, la negociación *over the counter* se caracteriza principalmente por ser los términos concretos determinados por la autonomía de voluntad de las partes —si bien no resulta infrecuente el recurso a contratos y definiciones estandarizadas desarrollados por asociaciones de mercado—, no estar sometida de forma directa a la regulación del legislador, y tener lugar la negociación y liquidación directamente entre las partes, sin la interposición de una entidad de contrapartida central —notas estas dos últimas que han quedado matizadas tras la introducción de las obligaciones establecidas recientemente por la normativa financiera (*vid.* al respecto el apdo. V posterior)—.

[7] No ha de olvidarse que los apdos. b) y c) del artículo 2 de la Ley 11/2009 contemplan la posibilidad de que las SOCIMIs mantengan participaciones en el capital de otras entidades no residentes en territorio español que tengan el mismo objeto social que las SOCIMIs y que estén sometidas a un régimen similar al establecido para las SOCIMIs en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios; o participaciones en el capital de otras entidades, residentes o no en territorio español, que tengan como objeto social principal la adquisición de bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento y que estén sometidas al mismo régimen establecido para las SOCIMI en cuanto a la política obligatoria, legal o estatutaria, de distribución de beneficios y cumplan los requisitos de inversión a que se refiere la Ley 11/2009.

[8] Al igual que puede hacer cualquier sociedad cotizada sobre sus propias acciones.

[9] En ocasiones denominado contrato principal o contrato anfitrión, dicho contrato en el que se incardina el derivado juega la doble función de proporcionar la forma al derivado y servir como vehículo en su comercialización. Cabe apuntar que la existencia de derivados implícitos no resulta desconocida ni para el legislador europeo (cfr. art. 10 de la Directiva 2007/16/CE de la Comisión, de 19 de marzo de 2007, que establece disposiciones de aplicación de la Directiva 85/611/CEE del Consejo por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios en lo que se refiere a la aclaración de determinadas definiciones (DOUE de 20 de marzo de 2007) ni para el legislador nacional (cfr. *inter alia* el apdo. (a) del artículo 5 de la Resolución de 5 de febrero de 2015 de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se define el principio de prudencia financiera aplicable a las operaciones de endeudamiento y derivados de las empresas locales, y de las comunidades autónomas que se acojan al Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas (*BOE* de 7 de febrero de 2015), en el que se prohíben las operaciones de endeudamiento que incluyan derivados implícitos en los contratos —y en la que parece que se consideran como derivados implícitos incluso las opciones de amortización anticipada y las operaciones de financiación

a tipo de interés fijo, que desglosa en una financiación a tipo de interés variable y una permuta de tipo de interés variable-fijo implícita—).

[10] Caso p. ej. de un *credit linked deposit*, depósito en el que se incorpora de forma implícita un derivado de crédito.

[11] Piénsese, p. ej., en los *credit contingent interest rate swaps*, *swap* resultantes de la combinación de un *swap* de tipo de interés y de un derivado de crédito implícito, y cuyo términos contemplan que el *swap* termine en el caso de que ocurra un evento de crédito bajo el derivado de crédito implícito, sin que ninguna de las partes deba abonar cantidad alguna a la otra bajo el *swap* (ni siquiera el valor de mercado que el *swap* tenga en dicho momento); o en los derivados que incorporan una cláusula de las denominadas *walk-away*, que permiten a una o ambas partes del derivado la terminación anticipada del mismo y su «abandono» (de ahí el nombre inglés) sin necesidad de proceder al abono de las cantidades debidas en su caso a la contraparte (ni siquiera el valor de mercado que el *swap* tenga en dicho momento).

[12] Por ser el mercado OTC el mercado donde se aglutina la mayoría de los derivados concertados por las SOCIMIs.

[13] Resulta también posible la incorporación del contrato marco de forma implícita en la propia confirmación, en lo que se conoce en la práctica de mercado como *long form confirmation*. La razón de la documentación de los derivados empleando un contrato marco se encuentra en las ventajas que la concertación de un contrato marco conlleva para las partes; entre ellas, la posibilidad de que el derivado pueda beneficiarse del régimen del *netting* (en relación con el mismo, *vid.* apdo. VI posterior), la reducción del riesgo legal —dado que sus disposiciones son redactadas por los participantes del mercado y se encuentran sujetas a la revisión de los mismos, siendo objeto de opiniones legales acerca de su legalidad, validez, vinculación y ejecutabilidad—; la reducción del tiempo y coste de negociación —en comparación con contratos que hayan sido elaborados *ex profeso* por las partes, dado que sus términos estándar son conocidos por la mayoría de los participantes del mercado—; y la resolución de las disputas que puedan surgir entre las partes de una manera comparativamente más rápida y barata —dado que sus términos habrán sido en muchos casos objeto de decisión judicial previa—.

[14] Elaborados por distintas asociaciones, actualmente el publicado por la Asociación Española de Banca y la Confederación Española de Cajas de Ahorros —el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)—, junto con el publicado por la International Swaps and Derivatives Association (ISDA) —el *ISDA Master Agreement*—, constituyen los contratos marco habitualmente empleados por las SOCIMIS para documentar operaciones de derivados.

[15] Que cubren habitualmente, entre otras cuestiones, la mecánica de concertación de las operaciones, las causas de vencimiento anticipado del contrato marco y de las operaciones concertadas al amparo del mismo por circunstancias imputables a las partes o por circunstancias objetivas sobrevenidas, el cálculo de la cantidad debida en caso de vencimiento anticipado, y distintas cuestiones administrativas. Su naturaleza jurídica resulta, no obstante, controvertida, existiendo respecto a la misma dos aproximaciones. De una parte, la que sostiene la autonomía entre el contrato marco y las operaciones, considerando al primero un contrato normativo que establece las condiciones de las sucesivas relaciones jurídicas que tendrán lugar entre las partes en el futuro (en este sentido, *vid.* CAPUTO NASSETTI, F. (2007). *I contratti derivati finanziari*, Milán: Giuffrè, 136, así como en España VALPUESTA GASTAMINZA, E.M.ª., y GALLEGO SÁNCHEZ, E. (1997). Contratos de financiación (II). En: Calvo Caravaca, A.L. y Fernández de la Gandara, L. (dirs.), *Contratos internacionales*, Madrid: Tecnos (págs.1029-1147); y sobre el concepto de contrato normativo, MESSINEO, F. (1973). Il contratto in genere. En: Cicu, A. y Messineo, F. (dirs.), *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXI, Milán: Giuffrè, 665). De otra, la que considera que el contrato marco y todas las operaciones concertadas al amparo del mismo integran una única relación jurídica (como se indica en la Estipulación 1.1 del CMOF y en la *Section 1.c)* del *ISDA Master Agreement*).

[16] Incluyendo todo aquello que sea necesario para adecuarlo a la particularidad propia de los derivados específicos que se concierten y a la política de riesgos de cada una de las partes.

[17] En el caso del CMOF, el Anexo I, y en el caso del *ISDA Master Agreement*, el *Schedule* al mismo.

[18] Documento que habitualmente se intercambia por fax o por correo electrónico, si bien hay deseos por parte del legislador de que se realice a través de medios electrónicos (como puede ser, p. ej., una plataforma electrónica de confirmación, *vid.* art. 11.1(a) de EMIR).

[19] De entre las distintas asociaciones, ha sido ISDA la que se ha encargado de definir de una manera más detallada los estándares de mercado de los derivados y de mantenerlos actualizados.

[20] Estándares que pueden ser incorporados mediante la inclusión por referencia de las definiciones aplicables en el encabezado de la confirmación (con las elecciones y modificaciones a las mismas que las partes estimen oportuno en el cuerpo de la confirmación).

[21] Si bien ello redundará habitualmente en una mayor onerosidad en los términos económicos de la transacción.

[22] De acuerdo con lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 11/2009, las SOCIMIs se regirán por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (actualmente Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital).

[23] Fundamentalmente anglosajones, si bien se ha planteado también —en forma algo matizada— en otros ordenamientos, como el argentino (cfr. art. 58 de la Ley de sociedades comerciales, Ley núm. 19.550, y VILLEGAS, C.G. y VILLEGAS, C.M. (2001). *Aspectos legales de las finanzas corporativas. Conceptos básicos de finanzas corporativas*, Madrid: Dykinson, 219-220).

[24] La jurisprudencia comparada aporta algunos ejemplos en el caso de operaciones de derivados, incluyendo Standard Chartered Bank v Ceylon Petroleum Corporation [2001] EWHC 1785 (Comm) y, en el caso de entes públicos, Hazell v Hammersmith and Fulham London Borough Council [1992] 2 A.C. 1.

[25] La cuestión del *ultra vires* ya había sido objeto de diversos pronunciamientos en Inglaterra durante el s. XIX (*vid.* Teasdale's Case, L. R. 9 Ch. App. 54 (873), Hope v. International Financial Society (1876) 4 Ch. D. 327, In re Dronfield Silkstone Coal Co. (1881) 17 Ch. D. 76, Phosphate of Lime Co v Green (1871) L.R. 7 C.P. 43, Cartmell's case [(1874) L.R. 9 Ct. App. 691], Guiness v. Land Corporation of Ireland (1883) 22 Ch. D. 349, y Trevor v. Whitworth (1887) 12 App. Cas. 409. La finalidad de la doctrina de los actos *ultra vires* es proteger tanto a acreedores como a accionistas de la sociedad: a los acreedores, dado que su única garantía de cobro para la mayoría de ellos —los acreedores ordinarios— es el patrimonio social, asegurando que los fondos de la sociedad no serán empleados en el desarrollo de actividades ajenas al objeto social; y a los accionistas, dado que gracias a esta limitación saben que los fondos aportados a la sociedad únicamente serán invertidos en actividades que conocían desde el momento en el que entraron a formar parte de la sociedad (al respecto, *vid.* SEALY, L. y WORTHINGTON, S. (2010), *Cases and materials in Company Law*, Oxford: Oxford University Press, 9.ª ed., 84). Sobre el origen y razón de la teoría de los actos *ultra vires*, *vid. inter alia* MARTORANO, F. (1961). *Capacità delle società e oggetto sociale nel diritto anglo-americano*, Nápoles: Jovene, 44-49; ARECHEDERA ARANZADI, I. (1991). El origen de la doctrina «ultra vires» en el «common law», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. XXX, núm. 1, 639-664; MORSE, G. (ed) (1992). *Palmer's Company Law*, t. I, Londres: Sweet & Maxwell, 25.ª ed., 2121-2122; PENNINGTON, R.R. (2001). *Company Law*, Londres: Butterworths, 8.ª ed., 208-219; DAVIES, P. y WORTHINGTON, S. (2012), *Gower & Davies. Principles of modern Company Law*, Londres: Sweet & Maxwell, 9.ª ed., 166 a 170; y BEALE, H. (ed.) (2012). *Chitty on Contracts: General principles*, vol. I, Londres: Sweet & Maxwell, 31.ª ed., 803-827.

[26] Cuestión distinta es si los administradores pueden válidamente acordar dicha concertación, es decir, si la concertación del derivado entra dentro de su poder de representación delimitado por el objeto social, o por el contrario se excede del mismo, debiendo contar imperativamente con una habilitación expresa de los estatutos o de la junta general para proceder válidamente a la realización de dichos actos. Obviamente, a menos que la concertación de derivados se exprese en el objeto social como una de las actividades a desarrollar por la SOCIMI —posibilidad esta extremadamente infrecuente—, la concertación

de derivados no puede considerarse en el caso de una SOCIMI como un acto directamente encaminado al cumplimiento del objeto social. Su admisibilidad solo sería posible, pues, incluyéndola bien dentro de los actos indirectamente comprendidos en el objeto social, o bien dentro de los actos necesarios o convenientes para alcanzarlo. Será, por tanto, necesario realizar en el momento de su concertacion un juicio de valor acerca de su instrumentalidad para el cumplimiento del objeto social (al respecto, *vid.* SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. y SÁNCHEZ ANDRÉS, A. (1990). *El objeto social en la sociedad anónima,* Madrid: Civitas).

[27] Cfr. artículos 129 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (BOE de 27 de diciembre de 1989) y 11 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (BOE de 24 de marzo de 1995), actualmente sustituidos por el artículo 234 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 (BOE de 3 de julio de 2010). *Vid.* adicionalmente la STS de 5 de noviembre de 1959.

[28] Cfr. artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, de acuerdo con el cual «*la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros*» y «*la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*».

[29] Pero no exclusivamente, siendo EMIR parte del extenso y complejo engranaje del cambio normativo que afecta a las operaciones de derivados y que cambia la aproximación con la que los derivados habían sido regulados hasta el momento (centrada fundamentalmente en el hecho de que las entidades de crédito se encuentran reguladas, como demuestra el hecho de que la regulación de los derivados se manifestó originariamente en forma de requisitos de mantenimiento de capital impuestos de forma global y coordinada por los reguladores bancarios en los países de la OCDE, y la regulación prudencial y de supervisión relacionada, cfr. *Risk management of derivatives*, Comptroller's Handbook, 1997). Por razones de extensión no entraremos en la protección que debe ser dispensada a la SOCIMI desde la perspectiva del mercado de valores en cuanto inversor minorista (tratamiento que habitualmente recibirá, salvo que renuncie a ello y solicite ser considerado inversor profesional).

[30] EMIR entró en vigor el 16 de agosto de 2012. A mediados de 2015 comenzó, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 85.1 de EMIR, el proceso de revisión del mismo, que concluirá con la publicación de una nueva versión del reglamento, proceso en relación con el cual el pasado 4 de mayo la Comisión Europea publicó su propuesta de reforma (EUROPEAN COMMISSION (2017). Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 648/2012 as regards the clearing obligation, the suspension of the clearing obligation, the reporting requirements, the risk-mitigation techniques for OTC derivatives contracts not cleared by a central counterparty, the registration and supervision of trade repositories and the requirements for trade repositories, COM(2017) 208 final).

[31] *Vid.* apdo. 13 de GRUPO DE LOS VEINTE (2009). G20 Leaders Statement: The Pittsburgh Summit, publicado tras la reunión mantenida en dicha ciudad los días 24 y 25 de septiembre. La implementación de los referidos acuerdos del G-20 es muy dispar en cada una de las jurisdicciones: si bien, p. ej., en Estados Unidos la norma que los implementa (Dodd-Frank) cubre en un único texto todos los planos relativos a los derivados, incluyendo la negociación, compensación, liquidación, reporte y normas de conducta, así como la quiebra y los procesos de resolución, EMIR únicamente cubre la compensación y liquidación, quedando el tratamiento de las restantes cuestiones diferido a otras normas (*vid.* p. ej., en relación con ejecución de órdenes, la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE, más conocida por su acrónimo en inglés, MiFID2). Por su parte, algunos países con mercados de derivados más reducidos han optado por recoger únicamente la compensación y liquidación y el reporte de operaciones.

[32] EMIR es la norma primaria de una voluminosa y por el momento inacabada actuación normativa. Hasta la fecha se han aprobado y entrado en vigor, dentro del segundo nivel de la misma, más de una docena de reglamentos de desarrollo y normas técnicas.

[33] Quien ha publicado y mantiene actualizado un documento de preguntas y respuestas en este ámbito, siendo el último de 3 de abril de 2017 [EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2017). Questions and Answers, Implementation of the Regulation (EU) No 648/2012 on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories (EMIR)].

[34] Al igual que la European Securities and Markets Authority (ESMA), la Comisión Europea ha publicado un documento de preguntas y respuestas en este ámbito [EUROPEAN COMMISSION (2014). EMIR: Frequently asked questions].

[35] Cfr. apdo. 5) del artículo 2 de EMIR. El hecho de que EMIR no contenga una definición conceptual de «derivado», sino que se remita al concepto de «derivado» en MiFID, y que dicha norma tampoco defina el concepto de «derivado» con carácter general, sino que enumere un elenco de instrumentos que serán considerados «derivados» a efectos de la misma, ha ocasionado numerosas dudas en la práctica acerca del ámbito objetivo de aplicación de EMIR, que retoman en algunos casos viejos debates jurídicos, como es la diferencia entre las operaciones a contado y las operaciones a futuro, el tratamiento de los derivados implícitos o la aplicación a operaciones corporativas.

[36] Cfr. apdo. 4 de la Sección C del Anexo I de MiFID.

[37] Cfr. apdo. 10 de la Sección C del Anexo I de MiFID.

[38] Sin perjuicio, no obstante, de la necesidad de realizar en cualquier caso un análisis particular del derivado concreto que se desee concertar y de sus términos.

[39] Si bien EMIR emplea el término «derivado extrabursátil» para referirse a los mismos (véase el apdo. 7) del artículo 2 de EMIR), es preferible emplear el término «derivado OTC» (traducción directa del término «*OTC derivative*» empleado en la versión inglesa de EMIR), dada la posible confusión a la que puede inducir el empleo del término «derivado extrabursátil», pues la «bolsa» no es el único mercado regulado en el que puede tener lugar la negociación de los mismos.

[40] EMIR segmenta los derivados en dos grandes grupos: «contratos de derivados OTC», a los que impone requisitos en materia de compensación, de gestión bilateral del riesgo y de información, y «contratos de derivados», a los que únicamente impone obligaciones de información.

[41] Cfr. punto 14 del apdo. 1 del artículo 4 de MiFID. Análisis que es idéntico bajo MiFID2, *vid.* apdo. (8) de la Sección C del Anexo I de MiFID2.

[42] Cfr. apdo. 6 del artículo 19 de MiFID. Dicho artículo establece la obligación de la Comisión Europea de publicar una lista de los mercados de terceros países que se consideren equivalentes.

[43] Incluyendo aquellos derivados que se negocien en un sistema multilateral de negociación (SMN), si bien no puede descartarse de forma absoluta que haya supuestos en que su ejecución tenga lugar en un mercado regulado y, por lo tanto, no tenga la consideración de derivado OTC a efectos de EMIR.

[44] EMIR no contiene definiciones específicas de las categorías de derivados ni cómo se tiene que determinar a qué categoría pertenece un tipo concreto de derivado, empleando las normas de desarrollo de EMIR diferentes términos al respecto. La más habitual es la que se emplea para determinar si una entidad se encuentra por encima del umbral de compensación [*vid.* Reglamento Delegado (UE) núm. 149/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a las normas técnicas de regulación relativas a los acuerdos de compensación indirecta, la obligación de compensación, el registro público, el acceso a la plataforma de negociación, las contrapartes no financieras y las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central (DOUE de 23 de febrero de 2013)].

[45] La supervisión, inspección y sanción de cuantas personas físicas y jurídicas realicen operaciones sometidas a EMIR se encomienda a la CNMV (cfr. art. 233.1.k) del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (*BOE* de 24 de octubre de 2015).

[46] Así, la LMV considera (cfr. art. 287 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores), en el caso de las «contrapartes financieras» (contraparte típica de las SOCIMIs en las operaciones de derivados, y tal y como definiremos posteriormente), como infracción muy grave, el incumplimiento de la obligación de reporte «*con carácter no meramente ocasional o aislado*», o el reporte «*con irregularidades sustanciales*»; el incumplimiento de algunas de las obligaciones relativas a la mitigación de riesgos (incluyendo la pronta confirmación, la conciliación y la valoración diaria de las operaciones), cuando con ello «*se ponga en riesgo (…) la solvencia o viabilidad de la persona infractora o su grupo*»; y el incumplimiento, cuando resulte aplicable, de la obligación de liquidación a través de entidad de contrapartida central «*con carácter no meramente ocasional o aislado o con irregularidades sustanciales*»; y la falta de colateralización de las operaciones no sujetas a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central, cuando con el incumplimiento «*se ponga en riesgo (…) la solvencia o viabilidad de la persona infractora o su grupo*». Cuando los incumplimientos referidos anteriormente no pongan en riesgo la solvencia o viabilidad de la empresa o su grupo, o lo hayan sido con carácter ocasional o aislado o con irregularidades no sustanciales (según sea el caso), serán considerados infracción grave. Por su parte, en el caso de las «contrapartes no financieras» (caso habitual de las SOCIMIs, con las consideraciones que realizaremos posteriormente), la LMV considera infracción grave el incumplimiento de la obligación de reporte «*con carácter no meramente ocasional o aislado*», o el reporte «*con irregularidades sustanciales*», teniendo la consideración de infracción leve el resto de incumplimientos.

[47] Siempre que las mismas se encuentren autorizadas de acuerdo con lo previsto en la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (DOUE de 30 de junio de 2006).

[48] Autorizadas de conformidad con MiFID.

[49] Autorizadas de conformidad con la Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DOUE de 16 de agosto de 1973) y con la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de noviembre de 2002 sobre el seguro de vida (DOUE de 19 de diciembre de 2002).

[50] Autorizadas de conformidad con la Directiva 2005/68/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de noviembre de 2005, sobre el reaseguro y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 92/49/CEE del Consejo y las Directivas 98/78/CE y 2002/83/CE (DOUE de 9 de diciembre de 2005).

[51] Autorizadas de acuerdo con la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (versión refundida) (DOUE de 17 de noviembre de 2009).

[52] Tal como se definen en la letra a) del artículo 6, de la Directiva 2003/41/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DOUE de 23 de septiembre de 2003).

[53] Autorizados o registrados de conformidad con la Directiva 2011/61/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) núm 1060/2009 y (UE) núm. 1095/2010 (DOUE de 1 de julio de 2011) (categoría en la que entran los fondos de inversión inmobiliaria y las sociedades de inversión inmobiliaria).

[54] Cfr. apdo. 8) del artículo 2 de EMIR.

[55] Cfr. apdo. 9) del artículo 2 de EMIR.

[56] Cfr. artículo 10.1.b) de EMIR.

[57] Cfr. artículo 11.12 de EMIR, desarrollado por el Reglamento Delegado (UE) núm. 285/2014 de la Comisión, de 13 de febrero de 2014, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que se refiere a las normas técnicas de regulación relativas al efecto directo, importante y predecible de los contratos dentro de la Unión y a la prevención de la elusión de normas y obligaciones (DOUE de 21 de marzo de 2014).

[58] Debe tenerse presente que la participación de una contraparte no establecida en la UE en el derivado no exime a la SOCIMI del cumplimiento unilateral de las obligaciones concretas que bajo EMIR le resulten de aplicación de acuerdo con su categorización, para lo cual será necesaria la cooperación de la empresa no establecida en la UE. Adicionalmente, su participación puede desencadenar la obligación de cumplimiento del régimen de derivados aplicable a dicha empresa (p. ej., Dodd-Frank en el caso de que la contraparte sea una empresa americana), sin que ello exima del cumplimiento de las obligaciones que puedan resultar bajo EMIR.

[59] A tal efecto, EMIR considera «grupo» el grupo de empresas formado por una empresa matriz y sus filiales en el sentido de los artículos 1 y 2 de la Séptima Directiva del Consejo, de 13 de junio de 1983, basada en la letra g) del apdo. 3 del artículo 54 del Tratado, relativa a las cuentas consolidadas (Directiva 83/349/CEE), que ha sido posteriormente reemplazada por la Directiva 2013/34/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo (DOUE de 29 de junio de 2013), y que lo define en su artículo 2.11 como una sociedad matriz y la totalidad de sus empresas filiales, concepto en relación con el cual hay que remitirse en último término a las IFRS 10 y su criterio de consolidación, o el grupo de empresas a que se refieren el artículo 3, apdo. 1, y el artículo 80, apdos. 7 y 8, de la Directiva 2006/48/CE.

[60] Dentro de las cuales tienen cabida no solo las operaciones de derivados OTC que tengan la consideración de cobertura con arreglo a las IFRS adoptadas de conformidad con el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 1606/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativo a la aplicación de normas internacionales de contabilidad (DOUE de 11 de septiembre de 2002), sino también las operaciones de derivados OTC que, solas o en combinación con otros contratos de derivados y directamente o a través de instrumentos estrechamente correlacionados, cubran los riesgos derivados de la variación potencial del valor de los activos, servicios, insumos, productos, materias, primas o pasivos que la contraparte no financiera o su grupo posea, produzca, fabrique, transforme, suministre, adquiera, comercialice, arriende, venda o contraiga, o razonablemente prevea poseer, producir, fabricar, transformar, suministrar, adquirir, comercializar, arrendar, vender o contraer en el ejercicio ordinario de su actividad, así como las operaciones de derivados OTC que cubran los riesgos derivados del impacto indirecto potencial en el valor de los activos, servicios, insumos, productos, materias primas o pasivos contemplados anteriormente como resultado de la fluctuación de los tipos de interés, las tasas de inflación, los tipos de cambio o el riesgo de crédito (cfr. art. 10.3 de EMIR y artículo 10.1 del Reglamento 149/2013).

[61] Dicho umbral será, en el caso de que el subyacente del derivado sea riesgo de crédito o renta variable, mil millones de Euros en alguna de ellas, y en el caso de que el subyacente sea tipos de interés, tipos de cambio o materias primas y cualesquiera otros subyacentes, tres mil millones de Euros en alguna de ellas.

[62] Circunstancia que deberá ser comunicada a ESMA y a la CNMV. Al respecto, debe tenerse en cuenta que los estatus de «contraparte no financiera» y de «contraparte no financiera plus» no son estáticos. Una contraparte no financiera se puede convertir en una «contraparte no financiera plus» en el momento en que concurran las circunstancias referidas anteriormente (incluyendo, entre otros, como consecuencia de su participación en procesos corporativos), y una «contraparte no financiera plus» puede convertirse en una contraparte no financiera si demuestra a ESMA y a la CNMV que dichas circunstancias han dejado de cumplirse durante el plazo de treinta días contemplado en las mismas.

[63] Y decimos indebidamente pues su trascendencia real trasciende el plano puramente administrativo.

[64] Las obligaciones de pronta confirmación de las operaciones, de reconciliación de la cartera de operaciones, de compresión de la cartera de operaciones y de inclusión de mecanismos de resolución de disputas suelen agruparse bajo la expresión «técnicas de mitigación de riesgos».

[65] La documentación de las obligaciones relativas a mitigación de riesgo puede realizarse mediante la firma de contratos bilaterales con las contrapartes o el empleo de la documentación estándar existente en el mercado al respecto —con las modificaciones que, en su caso, las partes estimen oportunas—; fundamentalmente, en el ámbito CMOF, la *Novación modificativa del Contrato Marco de Operaciones Financieras para su adaptación al Reglamento EU 648/2012 (EMIR)*, de 13 de septiembre de 2013 (cuyos términos se incorporan en el cuerpo del CMOF en la versión de febrero de 2015), y en el ámbito ISDA, los documentos elaborados por dicha asociación, entre los que se incluyen dos protocolos (*ISDA 2013 EMIR NFC Representation Protocol*, publicado el 8 de marzo de 2013 e *ISDA 2013 EMIR Portfolio Reconciliation, Dispute Resolution and Disclosure Protocol*, publicado el 19 de julio de 2013), y distintos documentos (*Timely Confirmations Standard Wording*, de 14 de marzo de 2013, e *ISDA/FOA EMIR Reporting Delegation Agreement*, de 13 de enero de 2014).

[66] No obstante, si la empresa financiera se encuentra establecida en una jurisdicción en relación con la cual la Comisión ha adoptado una norma de implementación bajo el artículo 13 de EMIR, se permite que las partes únicamente cumplan con las reglas equivalentes de dicha jurisdicción.

[67] Salvo en el supuesto de que la contraparte de la SOCIMI no se encuentre establecida en la UE, en cuyo caso únicamente la SOCIMI vendrá obligada a realizar el reporte.

[68] La obligación de reporte por parte de la SOCIMI puede ser cumplida directamente por la SOCIMI o ser delegada en la contraparte o en un tercero (si bien dicha delegación no excluye en ningún caso la responsabilidad de la SOCIMI). En el primero de los casos, será necesario que la SOCIMI concierte un contrato con un repositorio regulando el suministro de la información al mismo (incluyendo formato, responsabilidad y confidencialidad, entre otras cuestiones), mientras que en el segundo será necesario acordar y regular con la contraparte o con el tercero los términos de dicho reporte incluyendo, entre otras cuestiones, periodicidad y el régimen de responsabilidad.

[69] Incluyendo tanto los derivados negociados en mercados regulados como los que lo son OTC. La obligación de reporte se extiende también a las operaciones concertadas con anterioridad a la fecha en que entró en vigor la obligación (12 de febrero de 2014), para las que se introducen reglas específicas que en algunos casos conceden amplios plazos para cumplir con la obligación de reporte.

[70] Se han autorizado al efecto seis entidades: DTCC Derivatives Repository Ltd., Krajowy Depozyt Papierów Wartosciowych S.A., Regis-TR S.A., UnaVista Limited, CME Trade Repository Ltd. y ICE Trade Vault Europe Ltd. (esta última únicamente en relación con derivados cuyo subyacente sea materias primas, riesgo de crédito, renta variable, tipos de interés y tipo de cambio), pudiéndose los datos del derivado ser remitidos a cualquiera de ellos, y cabiendo incluso la posibilidad de que cada una de las partes del contrato remita los datos a un repositorio distinto.

[71] Incluyendo ESMA y CNMV.

[72] El contenido de la información a comunicar en relación con cada una de las partes y con el derivado se encuentra detallado en el Reglamento Delegado (UE) núm. 148/2013 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación sobre los elementos mínimos de los datos que deben notificarse a los registros de operaciones (DOUE de 23 de febrero de 2013). En relación con las partes del contrato (información que se identifica como «datos estáticos»), habrán de reportarse el código de identificación de las partes (*legal entity identifier*, LEI) —piedra angular del reporte de operaciones financieras surgido tras la crisis y que permitirá conocer las exposiciones y conexiones a lo largo de los sistemas financieros (cfr. FINANCIAL STABILITY BOARD (2012). Report on a global Legal Entity Identifier for financial markets)—, la razón social, el domicilio social, la naturaleza de la actividad empresarial que desarrolla, si es una contraparte financiera o no a efectos de EMIR, la identificación en su caso del agente a través del cual se concierten las operaciones, la identificación en su caso de la empresa en que se haya delegado la realización del reporte, la identificación en su caso del miembro compensador, la identificación en su caso del beneficiario de las operaciones, la

calidad en la que se actúa en la negociación (si por cuenta propia o por cuenta y en nombre de un cliente), si el contrato se encuentra directamente vinculado, de manera objetivamente mensurable, con la actividad comercial o la actividad de financiación de tesorería de la empresa a los efectos previstos en EMIR, y si la empresa supera alguno de los umbrales de compensación previstos en EMIR.

[73] En relación con el derivado, los denominados «datos dinámicos» incluirán entre otros el código de identificación del derivado (*unified transaction identifier*, UTI), la divisa en la que se encuentra expresado el nocional, la divisa en la que se liquidará la operación, la identificación de la plataforma en la que en su caso se haya ejecutado, el precio, el nocional, si la operación se liquida por entrega física o por diferencias, la fecha de efectividad, la fecha de terminación, la fecha de liquidación, si la operación queda sometida o no a un contrato marco y la versión del mismo, la fecha y hora en la que se ha confirmado, la forma en la que se ha confirmado, si la operación se encuentra sujeta a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central y si la operación se ha celebrado con una empresa perteneciente al mismo grupo. Adicionalmente, habrán de aportarse determinados datos en relación con las garantías en su caso aportadas en relación con el derivado, incluyendo el valor del derivado, la moneda empleada en la valoración, la fecha y hora de valoración, si la valoración se ha realizado a mercado o siguiendo un modelo, si se ha procedido a la constitución de garantías, si las garantías se han constituido teniendo en cuenta un conjunto de contratos, el valor de las garantías aportadas y la moneda en que se encuentren denominadas las garantías.

[74] El término «confirmación» se define en el artículo 1(c) del Reglamento Delegado núm. 149/2013 como la documentación del acuerdo de las partes a todos los términos del contrato de derivado OTC.

[75] En el supuesto de que una empresa justifique que no tiene acceso a confirmación por vía electrónica, la confirmación podrá realizarse por los métodos tradicionales de confirmación (incluyendo copias físicas, o intercambio por fax o por correo electrónico).

[76] Adicionalmente, se establece la obligación para la contraparte financiera de reportar mensualmente a la CNMV las operaciones de derivados OTC que se encuentren pendientes de confirmación durante más de cinco días hábiles.

[77] Incluyendo al menos la valoración atribuida al contrato de acuerdo con el artículo 11.2 de EMIR. Dado que la SOCIMI, cuando tenga la consideración de «contraparte no financiera», no se encuentra obligada a valorar diariamente sus operaciones (pues el artículo 11.2 de EMIR únicamente aplica a las «contrapartes financieras» y a las «contrapartes no financieras plus»), puede confiar —si lo considera oportuno— en la valoración de sus contrapartes, o realizar su valoración por otros medios. La frecuencia con la que la contraparte y la SOCIMI deberán realizar dicha reconciliación dependerá de la clasificación de ambos a efectos de EMIR y del número de operaciones de derivados OTC que existan entre las mismas. En el supuesto de que la SOCIMI sea una «contraparte no financiera» a efectos de EMIR, la reconciliación deberá efectuarse una vez al trimestre siempre que se tengan más de cien operaciones de derivados OTC con la contraparte, y una vez al año en el caso de que se tenga un número igual o inferior. Por el contrario, si la SOCIMI tiene la consideración de «contraparte no financiera plus», la reconciliación deberá efectuarse una vez cada día hábil siempre que existan entre las partes un número de operaciones de derivados OTC igual o superior a quinientas, ampliándose la frecuencia a una vez por semana en el caso de que se tengan menos de quinientas operaciones pero más de cincuenta, y a una vez al trimestre en el supuesto de que únicamente se tengan menos de cincuenta operaciones.

[78] Y, adicionalmente, en el caso de sus contrapartes, la comunicación a la CNMV de las disputas que permanezcan vivas relativas al contrato, su valoración o, en su caso, el intercambio de colateral durante más de quince días por importe superior a quince millones de Euros.

[79] No obstante, resulta muy difícil que una SOCIMI llegue a acumular dicho volumen de operaciones y que, por lo tanto, quede sometida a dicha obligación.

[80] Y asumiendo que su contraparte sea una «contraparte financiera» a efectos de EMIR.

[81] Al respecto, se considera que se da dicha circunstancia cuando «*los precios de cotización no estén fácil y regularmente disponibles, y los que sí estén disponibles no reflejen*

transacciones reales de mercado que se produzcan con regularidad en condiciones de independencia mutua» (cfr. art. 16.2 del Reglamento Delegado núm. 149/2013). Dichos modelos de valoración deberán ser aprobados anualmente por el Consejo de Administración o comisión delegada, siendo objeto dicha aprobación de revisión anual.

[82] La obligación de liquidación de derivados OTC a través de una entidad de contrapartida central no es exclusiva ni de Europa ni de Estados Unidos, estando también prevista en otras jurisdicciones que han implementado las recomendaciones del G-20 referidas anteriormente, como Australia —*vid.* AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENT COMMISSION (2015). ASIC Derivative transaction rules (Clearing) 2015, y AUSTRALIAN SECURITIES & INVESTMENT COMMISSION (2015). Consultation Paper 231, Mandatory central clearing of OTC interest rate derivative transactions—.

[83] La colateralización obligatoria de derivados OTC tampoco es exclusiva ni de Europa ni de Estados Unidos, estando también prevista en otras jurisdicciones, como Japón (*vid.* FINANCIAL SERVICES AGENCY (2014). Cabinet Office Ordinance on Financial Instruments Business y Comprehensive Guidelines for Supervision). Recogida en el Reglamento Delegado (UE) 2016/2251, de la Comisión, de 4 de octubre de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los derivados extrabursátiles, las entidades de contrapartida central y los registros de operaciones, en lo que atañe a las normas técnicas de regulación sobre las técnicas de reducción del riesgo aplicables a los contratos de derivados extrabursátiles no compensados por una entidad de contrapartida central (DOUE de 15 de diciembre de 2016), en ella se regula la entrega de unos activos iniciales (*initial margin*) y unos activos adicionales (*variation margin*), así como sus criterios de composición, diversificación (incluyendo la evitación del riesgo de correlación adversa) y las metodologías para su cálculo.

[84] El papel de toda entidad de contrapartida central es interponerse entre las partes del derivado, deviniendo comprador para el vendedor y vendedor para el comprador. La intervención de una entidad de contrapartida central puede reducir el riesgo de los participantes en el mercado mediante la imposición de estrictos controles en todos los participantes del mercado, así como incrementar la liquidez al reducir los riesgos para los participantes. No obstante, ha de tenerse en cuenta que las entidades de contrapartida central concentran el riesgo y la responsabilidad de la gestión del mismo en la entidad de contrapartida central, y su intervención no llega a eliminar de forma absoluta el riesgo, como demuestra el hecho de que no han sido infrecuentes las quiebras de entidades de contrapartida central en el pasado, incluyendo la Caisse de Liquidation des Affaires en Marchandises en 1974, la Kuala Lumpur Commodity Clearing House en 1983, y la Hong Kong Futures Exchange en 1987. Otras estuvieron cerca de la quiebra, incluyendo CME y OCC en Estados Unidos en 1987, y BM&F en Brasil en 1999 (sobre el riesgo de las entidades de contrapartida central, *vid.* ARNSDORF, M., Quantification of central counterparty risk, *Journal of Risk Management in Financial Institutions*, vol. V, núm. 3, 2012, 273-287).

[85] EMIR contempla dos procesos para identificar las clases concretas de derivados OTC que deben quedar sometidas a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central. La primera es la descrita en el artículo 5.2 de EMIR, de acuerdo con el cual la determinación de las clases sujetas a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central se realizará basándose en las clases de derivados que se liquidan a través de una entidad de contrapartida central autorizada (en el caso de las entidades de contrapartida central europeas) o reconocida (en el caso de las entidades de contrapartida central no europeas) —proceso conocido con la expresión inglesa «*bottom-up*»—. La segunda es la prevista en el artículo 5.3 de EMIR, según la cual ESMA, a su propia iniciativa, puede identificar clases de derivados que deben quedar sujetos a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central pero en relación con las cuales ninguna entidad de contrapartida central haya recibido autorización —proceso conocido con la expresión inglesa «*top-down*»—. Dichos procesos se acompañan de la imposición a ESMA de la obligación de publicar una lista de las clases de derivados OTC que le hayan sido notificadas (http://www.esma.europa.eu/page/Registries-and-Databases-), de una lista de las clases de derivados sujetas a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central (https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/

public_register_for_the_clearing_obligation_under_emir.pdf), y de una lista de entidades de contrapartida central reconocidas en Europa (http://www.esma.europa.eu/page/Registries-and-Databases) y de otra de entidades de contrapartida central no europeas que han solicitado el reconocimiento bajo el artículo 25 de EMIR (http://www.esma.europa.eu/page/Central-Counterparties).

[86] De acuerdo con el procedimiento previsto en EMIR, ESMA debe desarrollar y remitir a la Comisión Europea y al Parlamento Europeo borradores de reglamentos técnicos especificando la clase de derivados OTC que han de quedar sujetos a la obligación de liquidación a través de una entidad de contrapartida central, la fecha en que dicha obligación comenzará (incluyendo la posible aplicación retroactiva) y las entidades a las que aplicará. El proceso de determinación de dichas categorías comenzó en el primer trimestre de 2014, habiendo analizado ESMA desde entonces distintas clases de derivados de tipos de interés, de crédito, de renta variable y de tipo de cambio.

[87] Incluyendo *swaps* de tipo de interés que se liquiden en euros, libras esterlinas, dólares norteamericanos y yenes japoneses en que el tipo de referencia sea Euribor, Libor, EONIA, SONIA o FedFunds (*vid.* Reglamento Delegado (UE) 2015/2205 de la Comisión, de 6 de agosto de 2015, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la obligación de compensación (DOUE de 1 de diciembre de 2015), o que se liquiden en coronas noruegas o suecas o *zlotys* polacos (*vid.* Reglamento Delegado (UE) 2016/1178 de la Comisión, de 10 de junio de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la obligación de compensación (DOUE de 20 de julio de 2016)).

[88] *Vid.* Reglamento Delegado (UE) 2016/592 de la Comisión, de 1 de marzo de 2016, por el que se completa el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas técnicas de regulación relativas a la obligación de compensación. En relación con los *forwards* no entregables (*non-deliverable forwards*) y con los derivados sobre renta variable, por el momento ESMA ha decidido no plantear la obligación de liquidación a través de entidad de contrapartida central (*vid.* al respecto, en relación con los *forwards* no entregables, EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2014). Consultation paper. Clearing obligation under EMIR (núm. 3), y EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2015). Feedback Statement. Consultation on the clearing obligation for non-deliverable forwards; y en relación con los derivados sobre renta variable, EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2014). Consultation paper. Clearing obligation under EMIR (núm. 1), así como el informe final publicado por ESMA - EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY (2014). Final report. Draft technical standards on the clearing obligation, Interest rate OTC derivatives.

[89] Cabe plantearse si, no existiendo dicha obligación, la SOCIMI y la contraparte pueden pactar la liquidación voluntaria (directa o indirecta) del derivado a través de una entidad de contrapartida central. La respuesta será negativa en la mayor parte de los casos, dado que la especificidad de los términos de los derivados habitualmente concertados por la SOCIMI y su en consecuencia casi absoluta falta de estandarización hace que en la práctica sea complicada la existencia de una entidad de contrapartida central que estructuralmente tenga capacidad para liquidar los mismos.

[90] Instrumentada habitualmente, en caso de transmisión de propiedad, en forma de acuerdo de cesión en garantía, siendo el más frecuente el Anexo III en el caso del CMOF y el *Credit Support Annex* en el caso del ISDA (*1995 ISDA Credit Support Annex (Transfer - English Law)* (sobre las mismas, *vid.* VEIGA COPO, A.B. (2008). Garantías financieras *vs.* garantías fiduciarias, o cómo sustraerse a la vis concursal, *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 73, 43-83).

[91] Y que habitualmente revestirá la forma de un contrato marco. Sobre el concepto de contrato marco a nivel jurisprudencial, *vid.* SAP de Barcelona de 30 de septiembre de 2008.

[92] Téngase en cuenta, no obstante, la posible aplicación a la contraparte de procedimientos de saneamiento o liquidación.

[93] *Vid.* BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (1995). Basel capital accord: Treatment of potential exposure for off-balance-sheet items, así como los documentos que

lo precedieron (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (1989). Report on netting schemes. Prepared by the Group of Experts on Payment Systems of the central banks of the Group of Ten countries —conocido como el Informe Angell, en honor al presidente del grupo de expertos que produjo el informe—, BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (1990). Report of the Committee on Interbank Netting Schemes of the Central Banks of the Group of Ten countries —también conocido como el Informe Lamfalussy, nuevamente en honor al presidente del grupo de expertos que produjo el informe—, y BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (1993). Prudential supervision of netting, market risks and interest rate risk - preface to consultative proposal).

[94] *Vid.* Directiva 96/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 89/647/CEE en lo que se refiere al reconocimiento por las autoridades de la compensación contractual (DOUE de 3 de abril de 1996). Parece que es en dicha directiva donde se recoge por primera vez a nivel normativo la desafortunada expresión «acuerdo de compensación contractual», que posteriormente se emplearía extensamente para referirse a los acuerdos de *netting*. Y la calificamos de desafortunada pues no se corresponde ni por su causa ni por sus efectos con la compensación, que es solo una forma de extinción de las obligaciones (al respecto, *vid.* IGLESIAS PRADA, J.L. y MASSAGUER FUENTES, J. (1999), Acerca de determinados efectos de los acuerdos de compensación contractual o acuerdos de netting, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 231, 129). Por ello, emplearemos a los efectos del presente artículo el término *netting* (al igual que las versiones inglesa, alemana y francesa de las citadas Directivas 89/647/CEE y 96/10 CE), en lugar de la expresión «compensación contractual».

[95] Recogido actualmente como técnica de reducción del riesgo de contraparte en el artículo 47 del RD 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras (*BOE* de 16 de febrero de 2008), desarrollado por las Normas Septuagésima Sexta y Septuagésima Séptima de la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España (*BOE* de 10 de junio de 2008).

[96] Aunque no el único, pues debe tenerse en cuenta que la reducción del riesgo (fundamentalmente de crédito) puede conseguirse por otras vías, como puede ser mediante contratos independientes que incluyan una cláusula de vencimiento anticipado que opere automáticamente en el supuesto de que se verifiquen determinados supuestos (incluyendo el vencimiento anticipado de otros contratos), junto con la inclusión de una cláusula de compensación que permita reducir las distintas obligaciones a un único pago.

[97] Si bien nunca más allá del espectro financiero, limitación que probablemente debiera ser reevaluada, máxime en el actual contexto de significativa extensión de la aplicación de normativa financiera de forma directa o indirecta a entidades no financieras.

[98] Entre las que se encuentran a nivel internacional las iniciativas de Unidroit (UNIDROIT (2013). Principles on the operation of close-out netting provisions), y en Europa EUROPEAN COMMISSION (2011), Close-out netting initiative. Roadmap (sobre la misma, *vid.* MUSCAT, B. (2014). Draft proposals for new EU netting provisions: further harmonisation or fragmentation?, *Journal of International Banking and Financial Law*, vol. XXIX, núm. 2, 116-120).

[99] Desde 1996, ISDA viene esponsorizando a nivel internacional el desarrollo de normas que amparen el *netting*, habiendo publicado al respecto un modelo de ley de *netting* (INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (1996). Model Netting Act), sucesivamente modificada en 2002 y 2006 (INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2002). 2002 Model Netting Act, y INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2006). 2006 Model Netting Act), y que se acompaña de un memorando (INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2006). Memorandum on the implementation of netting legislation), que establece los principios generales del *netting* e incluye entre otras cuestiones disposiciones sobre la diferenciación de los derivados con el juego y la apuesta y la regulación de las garantías financieras (esponsorización que, por cierto, se encuentra detrás del actual Real decreto-ley 5/2005, *vid.* DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S. (2005). Reformas urgentes para el impulso a la productividad: importantes reformas y algunas lagunas, *La Ley*, núm. 2, 1908-1920). Dichos documentos se han acompañado de distintas iniciativas a nivel europeo (*inter alia*, EUROPEAN FINANCIAL MAR-

KETS LAWYER GROUP e INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2008). Proposal for European instrument on close-out netting; INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2004). ISDA proposal to the Commission's Securities Experts Group for a European instrument on close-out netting; e INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION (2006). ISDA comment letter (August 2005) on the Commission Green Paper on Financial Services Policy/ Renewed impetus in the context of the Commission's review of the collateral directive: ISDA comments letter of April and September 2006).

[100] A diferencia de otros deudores, que no pueden hacer valer sus derechos sin interferencia del proceso concursal. La razón de ello se justifica habitualmente en que la naturaleza de las operaciones de derivados es muy sensible al riesgo y que un supuesto en el que las operaciones de derivados no se resuelvan inmediatamente en el momento del incumplimiento o el concurso puede resultar en elevadas pérdidas (en este sentido, *vid.* DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S. (2003), Efectos indeseables de la nueva Ley Concursal sobre el sistema financiero, *La Ley*, núm. 5825, 1531-1538), así como en que si se retrasase la ejecución, la caída de un operador importante del mercado podría tener un efecto contagioso en los mercados financieros (el temido riesgo sistémico). No obstante, la validez de dichos argumentos son criticables para un sector de la doctrina (en este sentido, *vid.* EDWARDS, F.R. y MORRISON, E.R. (2005), Derivatives and the Bankruptcy Code: Why the special treatment?, *Yale Journal on Regulation*, vol. XXII, núm. 101, 107-109).

[101] En este sentido, el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Barcelona señala en su sentencia de 19 de noviembre de 2008 que la justificación de este régimen especial al margen de la norma concursal general se encuentra en evitar «*la posibilidad de que la administración concursal pueda resolver operaciones puntuales de* swap *desfavorables y mantener otras beneficiosas*».

[102] El mecanismo de *netting* conlleva tres pasos: terminación, valoración y determinación del saldo neto. La terminación implica que, producido un supuesto predeterminado en relación con una de las partes del contrato —p. ej., el concurso— la otra parte podrá declarar el vencimiento anticipado del acuerdo marco y de las operaciones concertadas al amparo del mismo, quedando a partir de dicho momento en suspenso las obligaciones de pago o entrega respecto de las operaciones cuyo vencimiento se haya anticipado. La segunda fase, la valoración, es el proceso de determinación del coste de reemplazo (habitualmente determinado sobre la base del valor de mercado) de cada operación viva al amparo del contrato marco, aplicando el método de valoración acordado en el contrato. Finalmente, la determinación del saldo neto implica que los valores debidos a la parte no incumplidora (habitualmente identificados con signo positivo) y los valores debidos a la parte incumplidora (habitualmente identificados con signo negativo) son compensados unos con otros (y, en el supuesto de que esté previsto bajo el contrato y sea legalmente posible, con otras cantidades debidas bajo otros contratos) para llegar a un saldo neto, que será debido por la parte incumplidora a la parte no incumplidora, o viceversa.

[103] Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (*BOE* de 14 de marzo de 2005), norma que, en el ámbito que nos ocupa, tiene una relevancia doble: de una parte, actualizó el esquema de reconocimiento del *netting* en nuestro ordenamiento; de otra, traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (DOUE de 27 de junio de 2002).

[104] Artículo 16.1 del RDL 5/2005; saltando, por tanto, la prohibición establecida en el artículo 61.3 de la LC. Similares prohibiciones existen en otras jurisdicciones, como Francia, donde las cláusulas contractuales que prevean la terminación de las operaciones en caso de concurso son nulas.

[105] Y que será reclamado por la parte que resulte acreedora del mismo.

[106] Artículo 16.2 del Real Decreto-ley 5/2005.

[107] Artículo 16.3 del Real Decreto-ley 5/2005.

[108] Similares requisitos existen en otras jurisdicciones, *vid.* p. ej. el artículo L. 431-7 del Código de Comercio francés, y SANTOS MACHADO, S. (2008). Netting and collateral under the law of Portugal, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliàrios*, núm. 29, y SAN-

TOS MACHADO, S. (2007). Close-out netting e set-off, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliàrios*, núm. 28.

[109] Artículo 5.2 del Real Decreto-ley 5/2005, entre las que se encuentran las operaciones financieras realizadas sobre instrumentos financieros previstos en los párrafos segundo a octavo del artículo 2 de la LMV, y a los que hay que añadir los acuerdos de garantía financiera regulados en la Sección 2.ª del Real Decreto-ley 5/2005.

[110] El cumplimiento de este requisito en relación con los derivados concertados habitualmente por las SOCIMIs (derivados de tipo de interés y de inflación) no plantea dudas.

[111] Cfr. artículo 4.2 del Real Decreto Ley 5/2005.

[112] Cfr. artículo 4.1 del Real Decreto Ley 5/2005.

[113] Según se definen en el apdo. 5 del artículo 4 de la Directiva 2006/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. Cfr. apdo. c) del artículo 4.1 del Real Decreto Ley 5/2005.

[114] Artículo 5.1 del Real Decreto Ley 5/2005.

[115] En este sentido, la Estipulación 1.1 del CMOF indica que «*el presente Contrato Marco y las Operaciones se integran en una relación negocial única entre las Partes, regida por el Contrato Marco, (conjuntamente todos ellos, el Contrato) y que tiene la naturaleza de un acuerdo de compensación contractual con independencia de que haya una o más Operaciones en vigor entre las Partes*», y la *Section 1.(c)* del ISDA Master Agreement indica que «*All Transactions are entered into in reliance on the fact that this Master Agreement and all Confirmations form a single agreement between the parties (collectively referred to as this «Agreement»), and the parties would not otherwise enter into any Transactions*».

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 18 de octubre tuvo lugar, en el Decanato Territorial de Andalucía Occidental la PRESENTACIÓN DEL LIBRO *MENORES Y CRISIS DE PAREJA: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR*, donde se recogen las Ponencias del Congreso Internacional, en el que participó el Decanato, celebrado en Sevilla durante los días 10, 11 y 12 de mayo de 2017.

Presentación:
D. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Director del libro.
D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores.

El libro es un estudio completo y complejo sobre el problema de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis de pareja, que no solo atiende al Derecho común vigente en España, sino también a su progresivo desarrollo habido por obra de la más reciente jurisprudencia, ante la parquedad del artículo 96 del Código Civil. Pero también se contienen en esta obra propuestas *de lege ferenda*, de inminentes reformas que el artículo 96 del Código Civil tal vez requiera.

Autores: Manuel GARCÍA MAYO, Javier FEÁS COSTILLA, Eugenio PIZARRO MORENO, Isabel MEDINA SUÁREZ, María del Carmen FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, Chantall MOLL DE ALBA LACUVE, María Dolores CERVILLA GARZÓN, Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Ana Laura CABEZUELO ARENAS, Ana Moreno SÁNCHEZ-MORALEDA, Juan José PRETEL SERRANO, Aurora LÓPEZ AZCONA, Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, María Luisa MORENO-TORRES HERRERA.

Coordinador: Manuel GARCÍA MAYO
Director: Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Prólogo: Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

MADRID

El día 19 de octubre de 2017, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar la JORNADA *INCIDENCIA DEL REGLAMENTO 650/2012 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 4 DE JULIO DE 2012, DE SUCESIONES.*

Ponentes:
Prof. Dr. BURKHARD HESS, Director del Instituto Max-Planck de Derecho Procesal Internacional y Europeo con sede en Luxemburgo.
Profª. Dr.ª Marta REQUEJO ISIDRO, Senior Research Fellow del mismo Instituto y Profesora Titular de la Universidad de Santiago de Compostela.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Principales reformas del Derecho mercantil, Varios autores. Marcial Pons, Madrid, 2016. Obra colectiva. 186 páginas.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

La editorial Marcial Pons publica en una breve obra colectiva las ponencias de las jornadas tituladas «Las principales reformas del Derecho mercantil», que tuvieron lugar el 10 y el 11 de noviembre de 2015 en el Colegio de Notarios de Cataluña. En las ponencias se examinan algunas novedades de las dos últimas modificaciones de nuestra legislación mercantil, que son la de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo y la de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

La obra se divide en seis capítulos en los que predomina el derecho societario. Su utilidad se aprecia en la exposición práctica de las mencionadas reformas mercantiles efectuada por juristas de reconocida trayectoria profesional, provenientes tanto de la magistratura como de la universidad.

En el primer capítulo, el Magistrado Luis RODRÍGUEZ VEGA examina «el derecho de separación de los socios por modificación del objeto social». Como es sabido, tanto la sustitución como la modificación sustancial del objeto social constituyen causas legales de separación de los socios. Tras examinar detenidamente la naturaleza y características del objeto social, el autor opina que la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaraba que la separación del socio solo era procedente si la modificación del objeto era esencial. Se consideraba esencial según la importancia económica que pudieran tener las nuevas actividades sobre la actividad efectiva de la compañía. Por el contrario, cuando la modificación del objeto social no es esencial, el disidente debe permanecer en la sociedad sometido al régimen de mayorías.

Dado que en ocasiones la modificación del objeto social tiene lugar sin acuerdo de la junta, esto es, de hecho, el autor plantea la posibilidad de que —igualmente— se aplique el derecho de separación. En este sentido, RODRÍGUEZ VEGA considera que se da el ejercicio indirecto de un objeto social diferente cuando —simultáneamente— se dan dos circunstancias: (i) que se desarrolle una nueva actividad por parte de la compañía no incluida dentro de su objeto social, es decir, cualitativamente diferente; y, (ii) que esa diferente actividad tenga cuantitativamente una presencia relevante en la actividad global de la compañía. Es importante que el cambio pueda ser imputado a una decisión de la junta de socios pues, en caso contrario, estaríamos ante un exceso del órgano de administración en el ejercicio de sus funciones. Cabe aplaudir esta postura porque

la modificación de hecho del objeto social priva a los socios minoritarios del derecho de separación y les obliga a seguir formando parte de una sociedad que ha modificado la actividad contraviniendo sus estatutos.

Por su parte, Daniel VÁZQUEZ ALBERT —Profesor Titular de Derecho Mercantil— expone la interesante temática del «administrador de hecho y administrador oculto: novedades legislativas y jurisprudenciales». Considera el autor que, a partir de ahora, se ha impuesto una concepción funcional y amplia de la figura del administrador de hecho. Dicha institución se ha construido sobre la base de un efectivo ejercicio de la gestión social, con independencia de que exista un nombramiento caducado o inválido. La Ley 31/2014 ha incorporado por primera vez una definición del administrador de hecho que, sin embargo, puede dar lugar a una interpretación demasiado amplia, por haberse optado —finalmente— por el criterio de la ocasionalidad. Debemos compartir con VÁZQUEZ ALBERT que la mera ocasionalidad pueda dar lugar a la aplicación del régimen del administrador de hecho por la inseguridad que ello conlleva al funcionamiento de la sociedad.

Pese a las distintas posturas existentes en la doctrina, el Profesor VÁZQUEZ ALBERT considera que la responsabilidad del administrador de hecho abarca tanto las acciones como las omisiones, y —en cuanto a estas— destaca la del deber de promover la disolución. La casuística de esta responsabilidad es amplia y variada, pero el autor comenta los supuestos más habituales, que son: el apoderado general, el alto directivo, el representante persona física de administrador persona jurídica, el socio de control, el de la sociedad dominante y la de algunos terceros con facultades relativas a la gestión social. Pese al automatismo que puede desprenderse de la presente reforma, el autor considera —o más bien desea— que la jurisprudencia proseguirá con su tradicional línea moderada y ello por la seguridad jurídica que precisan los operadores jurídicos.

Por su dilatada experiencia en el derecho concursal, el Magistrado José María FERNÁNDEZ SEIJO analiza los problemas prácticos de las «unidades productivas y procedimiento concursal». Tras un minucioso análisis de los antecedentes legislativos y de la Directiva que se transpuso en la Ley Concursal, considera el autor que la unidad productiva lleva aparejada —necesariamente— la vigencia de las relaciones laborales y que —dentro de la masa activa— deberá identificarse el conjunto de los medios organizados destinados a llevar a cabo una actividad económica. Aunque se mencione a la subasta como medio ordinario de enajenación de los bienes, no se trata de la misma que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se plantean —en consecuencia— dudas sobre su publicidad, la consignación por los postores y los elementos mínimos de la oferta. A nuestro parecer, tras la reforma de la subasta en la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 19/2015, de 13 de julio, la Ley Concursal se podría haber remitido a dicho procedimiento por la mayor publicidad y por la utilización de medios telemáticos.

Destaca el Magistrado que la Ley 9/2015, a diferencia de la regulación anterior, ha evidenciado la posibilidad de vender unidades productivas en las que se integren bienes o derechos con privilegio especial. También ha permitido que, en la determinación del precio de venta de la unidad productiva, pueda valorarse no solo el dinero en efectivo que se ingresa en el concurso sino también la subrogación en los créditos pendientes de los trabajadores y de la Seguridad Social y la incidencia que vaya a tener en los créditos contra la masa.

Finalmente, discrepa el autor con el nuevo régimen aplicable a los adquirentes que sean personas especialmente relacionadas con el deudor pues deja fuera

casos habituales, tales como la constitución de nuevas sociedades en las que los socios de la concursada se reserven un porcentaje no significativo de participaciones. Asimismo, critica que no exista cauce procesal para la declaración de esta vinculación, para cuyo vacío propone que la administración concursal emita un informe y se de trámite de alegaciones al oferente, al deudor y a los interesados en la venta.

La cuarta ponencia, del Catedrático de Derecho Mercantil Andrés RECALDE CASTELLS, relativa a «la competencia de la Junta general en relación con los actos de disposición sobre los activos esenciales», puede resultar de especial interés a los Notarios o a los Registradores —tanto Mercantiles como de la Propiedad— y, evidentemente, a los propios administradores de las sociedades de capital. Esta nueva competencia de la Junta general pretende evitar que, con la disposición de ciertos activos de la sociedad, se altere sustancialmente el objeto social o de que se vean afectados los intereses patrimoniales de los socios.

En cualquier caso, para calificar la operación, lo que procede valorar es si la transmisión incide sobre las actividades de la sociedad —ya sea el objeto o la forma de realizar la actividad— o su estructura financiera, más que valorar únicamente los activos que se transmiten. Por el contrario, no será necesario el acuerdo de la Junta si los negocios de disposición se subsumen en la actividad ordinaria de la sociedad, caso típico de la venta de inmuebles por una sociedad cuyo objeto es —precisamente— ese.

Respecto de la presunción legal de que la operación es esencial, el autor puntualiza que no se precisa en la norma si debe tenerse en cuenta el balance individual o, para las sociedades integradas en un grupo, el valor incluido en el balance consolidado. Además, también considera RECALDE CASTELLS, que en las sociedades de dimensión más reducida el umbral legal de la presunción cuando la operación supere el veinticinco por ciento, puede llegar a entorpecer el funcionamiento de la sociedad. En nuestra opinión, incluso en las sociedades más grandes, este acuerdo puede retrasar su funcionamiento ordinario dado que la junta se reúne esporádicamente.

El acuerdo de la Junta debe autorizar el concreto negocio de transmisión, resultando insuficiente —a juicio del autor— que anticipadamente valide o autorice futuros negocios de disposición sobre activos de la sociedad. Si no se adopta el acuerdo, podrá ejercitarse la acción individual de responsabilidad contra los administradores y los terceros —los adquirentes del bien o derecho— no deberían quedar protegidos si conocían o debían conocer la trascendencia de la operación.

Junto a la ponencia anterior, también resulta de especial utilidad la del «la retribución de administradores tras la reforma de la Ley de sociedades de capital en materia de gobierno corporativo por la Ley 31/2014», del Abogado José Ramón MORALES. Distingue este entre la remuneración que perciben los miembros del órgano de administración por su mera pertenencia a dicho órgano y la que retribuye el desempeño, en caso de Consejo de administración, de funciones de gestión y ejecución por determinados consejeros.

En las sociedades cotizadas se ha invertido la regla general, de forma que el cargo de administrador es necesariamente retribuido salvo previsión contraria de los estatutos. Afirma el autor que los criterios de moderación cuantitativa y de adecuación cualitativa de la remuneración que ahora fija la LSC son principios generales de carácter vinculante.

Se remunera al administrador en su condición de tal y sea porque desempeña funciones distintas de las ejecutivas o en los casos de administradores únicos,

solidarios o mancomunados. En tales casos, los estatutos sociales determinarán si el cargo es retribuido y los conceptos retributivos y corresponderá a la Junta general aprobar el importe máximo de la remuneración anual, techo máximo que MORALES rechaza aplicar para los casos de retribución de funciones ejecutivas. Sobre el listado de conceptos retributivos introducido en la LSC, el autor considera que no tiene carácter exhaustivo y que faltan incluir —entre otras— las remuneraciones en especie. Como en otras leyes, resulta criticable la introducción de numerosos listados que nunca pueden abarcar todos los supuestos. Por la reforma de la LSC, debe entenderse derogada la regla sobre la retribución de los administradores que contiene el Reglamento del Registro Mercantil.

En relación con la remuneración de los consejeros por el desempeño de funciones ejecutivas, debe entenderse reducida exclusivamente a los casos en que el órgano de administración se estructura en forma de consejo de administración. Podrá percibirla el consejero delegado o el consejero al que se atribuyan funciones ejecutivas por otro título y será necesario un contrato —del que no se especifica si debe ser mercantil o laboral— entre el consejero y la sociedad aprobado con el voto de los dos tercios del consejo de administración. Considera el autor que la remuneración de esta clase de consejeros no debe hallarse prevista en los estatutos para ser procedente ni queda sujeta su cuantía máxima a la aprobación por la junta general en sociedades anónimas no cotizadas.

Finalmente, MORALES dedica un apartado específico a las especialidades existentes en las sociedades cotizadas. Para las cotizadas el cargo de consejero será necesariamente retribuido, salvo disposición contraria en los estatutos. Además, la junta general aprobará la política de remuneración de los consejeros con carácter vinculante cada tres años.

En la última parte de la obra el profesor de Derecho Mercantil Joaquim CASTAÑER CODINA trata las «principales novedades de la nueva Ley catalana de cooperativas». Como novedades —y críticas— más relevantes destaca el autor las siguientes: (i) el mantenimiento de la asamblea constitutiva pese a que la mayoría de leyes autonómicas han prescindido de ella; (ii) posibilidad de constitución exprés; (iii) supresión la obligatoriedad del informe del experto independiente en las aportaciones no dinerarias; (iv) posibilidad de que se convoque la asamblea general por medio de anuncio en la página web; (v) la imposición del consejo rector incluso para cooperativas de menor medida, en las que podría bastar un administrador único; (vi) el reconocimiento de que formen parte del consejo rector personas que no sean socias; (vii) supresión de la obligatoriedad de la intervención de cuentas; (viii) la dotación mínima se reduce del treinta al veinte por ciento. El profesor CASTAÑER opina que se han introducido en la Ley catalana de cooperativas algunas novedades propias de las sociedades de capital, en especial, con la nueva publicidad telemática, en las modificaciones estructurales y en la reactivación de la cooperativa disuelta.

Podemos afirmar que esta obra colectiva trata exhaustivamente las últimas reformas introducidas en el derecho societario y en el concursal y que, a la espera de la jurisprudencia que se dicte en los próximos años, constituye una guía útil y breve para despejar dudas prácticas que suscita la nueva regulación.

Hermoso de Mena, Natalia: *Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales*. Editorial Atelier, Barcelona, 2016, 316 páginas. (ISBN: 978-84-1665-211-2)

por

PEDRO MANUEL QUESADA LÓPEZ
Contratado Predoctoral de Investigación FPU del MECD.
Área de Derecho Procesal, Universidad de Jaén[1]

El proceso de ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, que ha sido por excelencia uno de los temas clásicos del Derecho procesal civil español, se encuentra hoy sometido a una reestructuración o replanteamiento en sus bases desde la jurisprudencia, la doctrina y el legislador, acentuados en los marcos nacional y europeo. En este contexto la obra de la Doctora Natalia HERMOSO DE MENA se incorpora al elenco de doctrina hipotecarista para, de forma completa y rigurosa, acometer el estudio de la relación judicial y registral de la ejecución hipotecaria desde su perspectiva práctica como Letrada de la Administración de Justicia, en especial en la constitución de la escritura de préstamo hipotecario en sede registral y sus repercusiones judiciales.

No solo se trata de un tema de marcada sensibilidad social, sino que es blanco de innumerables y recientes reformas legislativas, entre las que podríamos citar la Ley 1/2013, de 14 de mayo; la Ley 8/2013, de 26 de junio; el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre o la Ley 9/2015, de 25 de mayo, entre otras tantas. Tal vorágine legislativa obliga al operador jurídico forense a contar con una actualización adecuada y analítica que le permita obtener la adecuada respuesta a los intrincados actos procesales específicos de los que se compone el procedimiento, y es en ese aspecto donde la monografía de la Dra. HERMOSO DE MENA se convierte en un elemento indispensable a tener en cuenta, a lo que contribuye su claridad y estructura intuitiva.

Analizando la estructura de la obra —prologada por el Prof. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Catedrático de Derecho procesal en la Universidad de Salamanca—, en el primer capítulo se estudia la inscripción de la escritura de constitución de hipoteca. La relación jurídico-registral adquiere especial relevancia desde el momento que el artículo 682.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (de ahora en adelante LEC) establece el requisito de la inscripción de la escritura de constitución de la hipoteca como presupuesto habilitante del proceso de ejecución especial. En este sentido la autora estudia la naturaleza del carácter constitutivo y sus múltiples manifestaciones, tales como las cláusulas de vencimiento anticipado y abusivas en general, la hipoteca unilateral, la subrogación en los préstamos hipotecarios, la hipoteca en garantía de obligaciones futuras o condicionales, así como las constituidas a favor de una pluralidad de acreedores, la inscripción previa de prohibición de enajenar, las consecuencias del concurso de acreedores del hipotecante, o la falta de coincidencia entre el contenido de la inscripción y el de la escritura.

Igualmente se hace referencia a las circunstancias que han de constar en la escritura de hipoteca, como son el precio y el domicilio y las consecuencias de la omisión. Siendo los requisitos ineludibles para acceder al proceso de ejecución hipotecaria, el del domicilio requeriría de previa comprobación en atención a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que atribuiría a los órganos judiciales una actividad investigadora.

El capítulo segundo aborda el examen de la nueva regulación de las causas de oposición de la ejecución hipotecaria. Para ello la autora analiza el escenario

jurídico anterior a las reformas legislativas en la materia bajo el prisma del consumidor, a partir de la doctrina administrativa plasmada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La relevancia vendría con la incorporación del carácter abusivo de una cláusula contractual que constituyese el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible al catálogo de causas de oposición, así como la posibilidad de control de oficio, y para ello la autora se detiene especialmente en el régimen legal del vencimiento anticipado y las cláusulas suelo.

El capítulo tercero desarrolla la certificación registral de titularidad y de cargas, cuyos extremos aparecen delimitados en el artículo 656.1 LEC. De entrada, la autora destaca su importancia en el procedimiento de ejecución hipotecaria, ya que al atribuirle la Ley aptitud para probar el contenido del Registro, hace al Registrador firmante responsable de los daños y perjuicios que pudiese generar su incorrección al desembocar el correspondiente proceso de ejecución, con destacados problemas como el extravío del mismo. La autora señala que el objetivo fundamental de la certificación es otorgar al tribunal toda la información necesaria para tramitar el procedimiento, que dependerá de varias circunstancias. Entre ellas señala y desarrolla la autora la pluralidad de hipotecas inscritas a favor del mismo ejecutante, la hipoteca no inscrita o cancelada, la afección a la actividad empresarial o que la hipoteca subsiste inscrita a favor de persona distinta al ejecutante. Dentro de este último planteamiento la autora señala dos supuestos de especial relevancia: la cesión del crédito y los procesos de fusión de las Cajas de Ahorros.

De igual forma estudia las distintas finalidades de la certificación, siendo la principal el proporcionamiento de información sobre distintos aspectos (existencia de tercer poseedor o cargas posteriores, por ejemplo) y los efectos de la nota marginal, destacando que no es equiparable a la anotación preventiva, por lo que no se le aplica su plazo de caducidad de cuatro años y su duración será indefinida.

El capítulo cuarto alude a los actos de comunicación del procedimiento. La autora plantea el diferente catálogo de terceros a efectos del proceso ejecutivo, diferenciándolos entre acreedores posteriores y el tercer poseedor, así como de otro tipo de categorías en función de si los derechos gozarían de preferencia o no. Siendo el estatuto jurídico del tercer poseedor limitado al poder instar en la celebración de la subasta pero no participar en ella en su condición de adquirente del inmueble después de constituida la hipoteca, determina la autora la conveniencia de la inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad para ampliar la protección de su derecho.

El capítulo quinto trata el decreto de aprobación de remate. Mediante tal resolución se aprueba la adjudicación del bien subastado a favor del postor que ha realizado la mejor oferta en el acto de la subasta. Tras especificar que el mismo no es el título inscribible, siendo el adecuado para tal fin el decreto de adjudicación, se plantea la excepción de la hipoteca constituida sobre el derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento judicial. De igual forma plantea las diferencias entre el decreto de aprobación del remate y el decreto de adjudicación, diferenciando dos momentos diferentes: por un lado el de la perfección de la enajenación forzosa al que se llegaría con la aprobación del remate, y la consumación de la misma con la adjudicación una vez consignado el precio, especificando los supuestos de cesión del crédito y cesión del remate. Como efectos significativos la aprobación del remate no produciría efectos reales, mientras que el Decreto de adjudicación serviría como título de inscripción en el Registro de la Propiedad. Igualmente se analizan los supuestos de no aprobación

del remate, contenidos en el artículo 670 LEC, al subastarse el bien por precio inferior al de su valoración.

El capítulo sexto estudia el decreto de adjudicación. Como título inscribible, se inscribirá en el folio abierto a la finca hipotecada, pero en determinados casos analizados por la autora como la reparcelación los efectos registrales esbozarían una excepción a la idea general. Planteado este punto, se atajan las diferentes adjudicaciones y sus efectos legales, tanto al tercero mejor postor que no es parte del proceso de ejecución, como al cesionario con el caso especial de los fondos de titulización, al acreedor, y las posibilidades del ejecutante como la aprobación del remate a su favor. Además de las formas tradicionales se tienen presentes otras formas de realización diferentes a la subasta, como el convenio de realización y la realización por persona o entidad especializada, instituciones en los que la autora analiza las posibilidades de acceso al registro. Respecto al olvido de tales alternativas de realización, apunta la autora al desconocimiento de las partes y a la no advertencia de las mismas en el auto despachando ejecución.

Al no obligar la legislación al ejecutante a sacar a subasta todos los bienes inmuebles que sirven de garantía, pueden provocarse dificultades en los porcentajes de adjudicación y el sobrante no previsto. De este modo otro punto de gran interés es el valor de adjudicación y los límites de la garantía, aspecto en el que cobra igualmente importancia la consideración del inmueble como vivienda habitual tras la reforma de la Ley 37/2011 de 19 de octubre, de medidas de agilización procesal. Una conclusión importante extraída por la autora en este sentido es que, cuando con el valor de adjudicación no se pueda hacer pago y extinción de la deuda por todos los conceptos (al existir acreedores posteriores o una situación concursal) dicho valor de adjudicación en el exceso de lo garantizado por la hipoteca ha de tener el mismo tratamiento que el precio del remate, sometiéndose en el pago de los restantes créditos del deudor al orden de pagos del artículo 692 LEC.

La función calificadora del Registrador del Decreto de adjudicación se sometería a los requisitos del artículo 132 LEC, especificado en el artículo 132 de la Ley Hipotecaria (de ahora en adelante LH), valorándose el requerimiento de pago, la notificación de la existencia del procedimiento, el límite de la cobertura hipotecaria, y el valor en relación al importe total del crédito. Otros puntos desarrollados por la autora serían los recursos contra la calificación registral y las consecuencias individualizadas de la ausencia de los comentados requisitos del artículo 132.

El capítulo séptimo se detiene en la certificación exigida por el artículo 654.3 LEC, esto es la certificación acreditativa del precio del remate, y de la deuda pendiente por todos los conceptos, con distinción de la correspondiente a principal, a intereses remuneratorios, a intereses de demora y a costas. Tal artículo tendría la novedad, introducida con la Ley 1/2013, de la regulación de las normas de imputación del pago de la realización del bien inmueble sobre el que recae la garantía en los supuestos en los que no se alcance a cubrir la cantidad reclamada.

Finalmente, el capítulo octavo analiza el mandamiento de cancelación. La consecuencia final del proceso de ejecución hipotecaria es el mandamiento que se expide para la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito, *ex* artículo 134 de la LH, que se acompañarían en su caso con las inscripciones y anotaciones posteriores a las que hace referencia los artículos 674 y 689 LEC. En los supuestos de cancelación de las cargas, la autora hace referencia a las anotaciones preventivas de embargo, al incidente del artículo 675 LEC en referencia a los distintos supuestos de arrendamientos, y al derecho de uso sobre la

vivienda familiar. Además de lo expuesto, el mandamiento de cancelación presenta excepciones, como los supuestos en los que la inscripción de la hipoteca deba subsistir total o parcialmente, como por ejemplo y a título ilustrativo la hipoteca constituida en garantía de rentas o prestaciones periódicas o la hipoteca con participaciones; u otras excepciones como las inscripciones de exceso de cabida, las derivadas de proyectos de equidistribución, o aquellas anotaciones preventivas que reflejando situaciones concursales se hayan extendido con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.

En suma, señala la autora el mandamiento de cancelación de la hipoteca y cargas posteriores, junto con la regla del artículo 132 LH relativa al decreto de adjudicación, como manifestación de la función calificadora del Registrador en el procedimiento de ejecución hipotecaria, aspecto que conectaría íntimamente la actividad registral y la procesal.

Estudiadas las dimensiones más relevantes de la monografía que recensionamos, no dudamos en considerar *Ejecución hipotecaria: cuestiones registrales y procesales* como de gran calidad en las materias tanto de Derecho procesal como de Derecho hipotecario, en la que se puede comprobar el esfuerzo de la Dra. Hermoso de Mena por ofrecer, bajo el rigor exigido y cumplido en el que destaca la riqueza de fuentes, un trabajo de indudables dimensiones prácticas en lo que ha contribuido su experiencia como Letrada de la Administración de Justicia, que le han ayudado a modelar una visión completa de la materia como así consigue plasmar en el libro.

Es por ello por lo que no dudamos en recomendar el libro, que entendemos clave y de destacada utilidad para obtener una perspectiva general y a la vez completa sobre las dimensiones procesales y registrales del fenómeno de la ejecución hipotecaria, tanto para estudiantes o jóvenes investigadores en la materia como para toda clase de operadores y profesionales jurídicos.

NOTAS

[1] Referencia: FPU014/04912.

NORMAS DE PUBLICACIÓN
REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por 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 como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

— Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:

- Nombre y dos apellidos del autor/es.
- Grado académico o situación profesional del autor/es.
- Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
- Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

— Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
- A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
- 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 de 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 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
— Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

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 o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

— Por último contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado, y para las NOTAS al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association,* disponibles en www.apastyle.org.

— *Libro:*
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej: GOMEZ 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 del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.ª Á. (2000). Comentario al art. 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil,* Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (pp. 1764-1790).

— *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.*

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.

Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €
ISSN 0210-0444

Calidad de Revistas Científicas Españolas
FECYT | FUNDACIÓN ESPAÑOLA PARA LA CIENCIA Y LA TECNOLOGÍA | 2014