REVISTA CRITICA
DE
D E R E C H O
INMOBILIARIO

Año XCIII • Mayo-Junio • Núm. 761

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 • Mayo-Junio 2017 • Núm. 761

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*

MIRANDA SERRANO, Luis María: «Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados» / *Limiting and surprising clauses in insurance contracts: protection of expectations and consent of the insured*..... 1151

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, Francisco: «Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas» / *Requirements for the nullity of foreing currency mortgage loans by misrepresentation*... 1197

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / *LEGISLATIVE STUDIES*

QUINTANA DAIMIEL, Alberto: «La sucesión abintestato del Estado en el País Vasco» / *The intestate succession of the State in the Basque Country*..... 1241

VALIÑO ARCOS, Alejandro: «La suerte del Derecho civil valenciano tras los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional» / *The Fate of the Valencian Civil Law after the recent decisions of the Spanish Constitutional Court*..... 1253

DICTÁMENES Y NOTAS / *LEGAL OPINIONS AND NOTES*

FENECH RAMOS, Jacobo: «Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles» / *Use of electronics to describe property*..... 1291

Págs.

DERECHO COMPARADO / *COMPARATIVE LAW*

POLO SABAU, José Ramón: «Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015» / *The currently ongoing project of reform on the law of marriage in England and Wales: the Law Commission's scoping paper of 17 December 2015* 1333

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..... 1369

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / *JUDICIAL STUDIES*

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— «El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida» / *The best interests of the child and the order of the surnames after the determination of the filiation without the agreement of the parents,* por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE... 1433

1.2. Derecho de familia:

— «La protección del hijo mayor de edad discapacitado» / *The protection of the major son of age disabled person,* por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 1449

1.3. Derechos reales:

— «Ni la responsabilidad patrimonial universal ni la fianza impiden la dación en pago o la limitación de la responsabilidad al precio del piso hipotecado (Comentario de la SJM núm. 10 de Barcelona de 7 de diciembre de 2016)» / *Payment in or limited liability to the price of the mortgaged floor,* por Carlos BALLUGERA GÓMEZ.... 1490

Págs.

1.4. Sucesiones:

— «Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias» / *International and interregional conflicts of laws in relation to the Foral Civil Law of Navarra: successions problems,* por José Luis IRIARTE ÁNGEL 1501

1.5. Obligaciones y Contratos:

— «Información precontractual al prestatario: algunas notas sobre las exigencias de la Directiva 2014/17/UE en este ámbito» / *Pre-contractual information to the borrower: some notes about the requirements of the Directive 2014/17/EU,* por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 1528

1.6. Responsabilidad civil:

— «Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado» / *Reimbursement and responsibility of the payment of the a private residence: unilateral decision to enter her mother in private geriatric,* por María Fernanda MORETÓN SANZ 1545

1.7. Concursal:

— «El control de las cláusulas abusivas en el procedimiento concursal» / *Policing unfair terms in insolvency proceedings,* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1564

2. MERCANTIL:

— «Crónica de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS al TJUE sobre vencimiento anticipado e intereses moratorios» / *Chronicle of References for Preliminary Rulings Submitted to the CJEU by the Supreme Court Regarding Acceleration and Default Interest,* por Francisco REDONDO TRIGO..... 1591

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

— «Las reservas de aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad» / *The building rights reserves and their registering in the Land Registry,* por Vicente LASO BAEZA 1604

Págs.

4. DERECHO BANCARIO:

— «Inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia» / *Refusal to apply the article 6.3 of the Spanish Civil Code that establishes the nullity for breaches of binding rules in cases of the infringement of bank regulation (MIFID) by the judgments of the Supreme Court rendered on October 22nd 2015, March 11th 2016 and June 3rd 2016, as well as by other case law rendered on this matter,* por Héctor Daniel MARÍN NARROS 1616

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades 1641

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

«Curso de Derecho Civil de Galicia», de J. M. BUSTO LAGO (Dir.), por Santiago ARAGONÉS SEIJO..... 1651

«Los perfiles del jurista en el siglo XXI», de María Pilar CANEDO ARRILLAGA y Luis I. GORDILLO PÉREZ, por Luis Armando GARCÍA SEGURA..... 1655

ESTUDIOS

Cláusulas limitativas y sorprendentes en contratos de seguro: protección de las expectativas y el consentimiento de los asegurados*

Limiting and surprising clauses in insurance contracts: protection of expectations and consent of the insured

por

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Córdoba

RESUMEN: El autor analiza en este trabajo un asunto de interés dogmático y práctico como es la problemática inherente a las cláusulas limitativas y sorprendentes en los contratos de seguro. Tras prestar atención a los deberes de transparencia impuestos por el artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro, el estudio concluye que son cláusulas limitativas las que defraudan las expectativas legítimas y razonables de los asegurados. Un tipo de ellas son

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia del MINECO «Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas» (Ref. DER2013-43674-P), del que son Investigadores Principales los Profs. Drs. Luis María MIRANDA SERRANO y Javier PAGADOR LÓPEZ.

las cláusulas sorprendentes que, en cuanto que referidas a los elementos esenciales o parte económica del contrato, no pueden ser abusivas. Sin embargo, sí son lesivas. Aunque normalmente producen un desequilibrio injustificado para el asegurado, en la medida en que comportan una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato, su lesividad no radica en esta circunstancia. Merecen reputarse lesivas por no haber sido consentidas por el adherente, al haberle sido hurtado su conocimiento por el predisponente. En definitiva, las cláusulas analizadas expresan la necesidad de proteger las expectativas y el consentimiento del asegurado.

ABSTRACT: The author analyzes in this paper a matter that has dogmatic and practical interest: the inherent problems to limiting and surprising clauses in insurance contracts. After analyzing the duties of transparency imposed by article 3, paragraph 1, of the Insurance Contract Act, the study concludes that the limiting clauses disappoint the legitimate and reasonable expectations of the insured. One type of them are the surprising clauses that, as affecting the contract's essential elements, can not be unfair. However, they are injurious. Although normally they produce a damage for the insured, because involves a surprising alteration of the contract's economic part, its harmfulness is not in this circumstance. These clauses are unlawful because of the lack the consent by the insured, having been stolen their knowledge by the insurer. In short, the analyzed clauses express the need to protect the expectations and consent of the insured.

PALABRAS CLAVE: Contrato de seguro. Cláusulas limitativas. Cláusulas sorprendentes. Condiciones generales. Cláusulas abusivas. Anteproyecto de Código Mercantil.

KEY WORDS: Insurance contract. Limiting clauses. Surprising clauses. General conditions. Unfair clauses. Draft Commercial Code.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, PROPÓSITO Y PLAN.—II. ESBOZO DE LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA FORMAL DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO RESIDENCIADOS EN EL ARTÍCULO 3, PÁRRAFO 1.º, DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO.—III. NOCIÓN DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO: PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DEL ADHERENTE.—IV. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL PROHIBITIVO DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES: PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO: 1. PLANTEAMIENTO: CONTROL

DE CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO CON EFECTO DESNATURALIZADOR DEL CONTRATO. 2. ALGUNOS EJEMPLOS DE CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN NUESTRA JURISPRUDENCIA SOBRE SEGUROS. 3. NUEVAS TENDENCIAS LEGISLATIVAS: LA FORMULACIÓN DE LA REGLA DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN ALGUNAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE REFORMA DEL DERECHO ESPAÑOL DE CONTRATOS. 4. LESIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES EN LOS CONTRATOS DE SEGURO: FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES, PROPÓSITO Y PLAN

En las últimas décadas los *deberes de transparencia* han experimentado un fortalecimiento muy importante en el Derecho de contratos. Esto se ha debido en gran medida a la irrupción y posterior desarrollo de la normativa protectora de los consumidores y usuarios que, con el propósito de hacer frente a la fuerte asimetría informativa típicamente presente en las relaciones de consumo, impone a los empresarios y profesionales relevantes deberes de información precontractuales con la finalidad de posibilitar a los consumidores que puedan contratar con pleno conocimiento de causa[1]. Junto a lo anterior, también ha supuesto una acentuación considerable del nivel transparencia exigido a los predisponentes en los procesos de contratación de bienes y servicios la labor interpretativa de las normas jurídicas desplegada recientemente por nuestro Tribunal Supremo. Muy especialmente la contenida en sus resoluciones sobre *cláusulas suelo* insertas en contratos de préstamos hipotecarios. Como se sabe, en ellas el Alto Tribunal ha elaborado la noción de *control de transparencia,* que se asemeja bastante al control de contenidos negociales propiciado por la regla de las *cláusulas sorprendentes* en aquellos ordenamientos en donde esta existe. Según el Tribunal Supremo, cabe hablar de falta de transparencia cuando una estipulación relativa al objeto principal o parte económica del contrato y camuflada dentro del condicionado general defrauda las expectativas legítimas y razonables del adherente, provocándole sorpresa y causándole un perjuicio derivado de una alteración de la onerosidad o carga económica de la operación[2].

La Real Academia Española define el término *transparencia* como «cualidad de transparente», e incluye dentro de las acepciones de este último vocablo (que proviene de *transparere,* literalmente «aparecer a través de») una especialmente apropiada para ser aplicada al ámbito del Derecho de contratos que aquí nos ocupa. Conforme a ella, transparente equivale a «claro, evidente, que se comprende sin ninguna ambigüedad»[3]. Pues bien, si los contratos de seguro, dada su generalizada condición de contratos de adhesión, suelen redactarse de forma unilateral por las casas aseguradoras e imponerse a los clientes —a quienes no se les ofrece posibilidad alguna de participar en la redacción de los contenidos contractuales—, convendrá en considerarse lógico que, dentro de las finalidades

de política legislativa inherentes a la legislación de seguros, adquiera especial relevancia la consistente en garantizar del mejor modo posible que los contenidos negociales sean «claros» y «puedan comprenderse sin ambigüedad» por los adherentes-asegurados. Y siendo esto así —que lo es—, no podrá causar sorpresa al mismo tiempo que uno de los principales criterios utilizados en los últimos años por la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de seguros sea precisamente el de la transparencia, de gran utilidad para hacer realidad la tutela del asegurado como principio básico informador de toda la normativa de seguros[4].

En suma, al Derecho de seguros le corresponde propiciar la *posibilidad de conocimiento* del contenido contractual por parte de los adherentes-asegurados. A no ser que se trate de cláusulas relativas a extremos constitutivos del objeto principal o entramado económico del contrato, en cuyo caso su cometido ha de ir más allá, garantizando el *conocimiento real y efectivo* de tales estipulaciones. Y es que la transparencia respecto de los elementos esenciales o parte económica del contrato cumple la muy relevante función de asegurar la libre decisión negocial del adherente, esto es, que cuando contrata lo hace con plena libertad de saber, al conocer de forma real y efectiva la carga económica que el contrato le supone y la prestación que va a obtener de la contraparte[5]. De modo que si por un defecto de transparencia alguna estipulación relativa a los elementos esenciales del contrato no es conocida y valorada por el adherente con anterioridad a la celebración del negocio, deberá hablarse de un problema de *falta de consentimiento* o de *consentimiento viciado*, pues nadie puede consentir sobre lo que no conoce por haberle sido hurtado su conocimiento por quien estaba obligado a procurárselo: el predisponente. En esto reside precisamente la lesividad de las cláusulas sorprendentes, como tendremos oportunidad de exponer y argumentar más adelante[6].

Para conseguir los propósitos apuntados, el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro instaura *dos controles de transparencia de carácter formal*: uno *general*, en cuanto que dirigido a todas las condiciones generales y particulares de los contratos de seguro, y otro *especial* que supone un reforzamiento del grado de transparencia respecto del anterior, y que merece llamarse especial y no general por no alcanzar a la totalidad de las condiciones generales y particulares del contrato sino solo a las limitativas de los derechos de los asegurados. Además, ambos controles se acompañan de un tercero directamente conectado con la regla prohibitiva de las cláusulas lesivas de los derechos de los asegurados *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Se trata de un *control de transparencia material* por mor del cual se consideran lesivas —y, por ende, ilícitas— las *cláusulas sorprendentes* en los términos que explicaremos más adelante. Mientras que los controles de transparencia formal persiguen que el contenido contractual *pueda ser conocido* por el adherente, el control de transparencia material, en cambio, se dirige a garantizar el *conocimiento real*

y efectivo del objeto principal del contrato por parte de ese mismo sujeto. Este último control, por tanto, solo es superado por las estipulaciones que en el momento de la conclusión del negocio son *real y efectivamente* conocidas por quien actúa en condición de tomador o asegurado. Bien entendido que corresponde al asegurador-predisponente probar en cada caso que dicho conocimiento ha tenido lugar[7].

Las consecuencias negociales de la puesta en práctica de estos controles habrán de determinarse conforme a las reglas establecidas por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o, en caso de que el asegurado actúe en condición consumidora, por el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, al que aludiremos a partir de ahora más simplificadamente como Texto Refundido de Consumidores. Contra lo que cabría pensar en un principio, la opción por uno u otro texto legal no es asunto intrascendente. No se pierda de vista que por razones que no compartimos el Texto Refundido de Consumidores prohíbe e impide la integración del contrato que resulta parcialmente nulo e ineficaz a causa de la falta de superación por parte de sus cláusulas predispuestas de alguno de los controles existentes. En cambio, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación continúa estableciendo que las lagunas de la reglamentación negocial debidas a la declaración de nulidad e ineficacia de todas o algunas de las condiciones generales habrán de ser colmadas mediante la integración judicial del contrato[8].

Como se desprende del nombre que hemos dado a este trabajo, el propósito en él perseguido consiste en analizar la problemática inherente a las cláusulas limitativas —de derechos— y sorprendentes en los contratos de seguro, cuya presencia en esta clase de negocios exige proteger adecuadamente las expectativas y el consentimiento de los asegurados. Con vistas a lograr este objetivo, hemos de prestar atención a los controles de trasparencia anteriormente aludidos y, muy especialmente, al último de ellos, esto es, al control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes, que, a diferencia de los controles de transparencia formal, no aparece formulado de forma explícita en el artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro [*infra*, IV]. El asunto reviste interés tanto práctico como dogmático, al no existir unanimidad en nuestra comunidad jurídica en torno a algunas de las claves sobre las que se edifica este control. No la hay, por ejemplo, en lo que respecta a una cuestión de tanta relevancia como la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado. Se trata, además, de una materia de gran actualidad. No solo por la muy interesante y novedosa jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en los últimos años en torno al control de transparencia de las cláusulas suelo. También por una muy reciente resolución de ese mismo Tribunal en materia de seguros que, en la dirección ya apuntada por otras resoluciones precedentes, parece abrir la puerta al control de transparencia material que aquí interesa.

Nos referimos a la Sentencia de 22 de abril de 2016, de la que fue Ponente el Magistrado D. Pedro José Vela Torres y sobre la cual tendremos oportunidad de disertar más adelante[9].

Previamente a analizar la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado y el significado y alcance del control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes —que, como acabamos de afirmar, conforman los objetivos principales de este trabajo—, es necesario prestar atención —siquiera sea en términos muy generales— a los otros dos controles de transparencia de carácter formal instaurados por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: el general y el especial anteriormente mencionados. De esto nos ocupamos a continuación [*infra*, II].

II. ESBOZO DE LOS CONTROLES DE TRANSPARENCIA FORMAL DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO RESIDENCIADOS EN EL ARTÍCULO 3, PÁRRAFO 1.º, DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO

El precepto que interesa a nuestros fines es el párrafo. 1.º del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Conforme él, «[l]as condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro, si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito»[10]. La lectura de esta norma permite constatar que en ella, además de prohibirse las estipulaciones que tengan carácter lesivo para los asegurados —lo que se interpreta por la comunidad jurídica como el establecimiento de una regla de control de contenido prohibitiva de las cláusulas abusivas—, se instauran dos *controles de transparencia formal*: uno aplicable con carácter general a todas las condiciones generales —y, eventualmente, también particulares— del contrato de seguro (*control de transparencia formal de carácter general*), y otro aplicable solo cuando se trate de cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados (*control de transparencia formal de carácter especial*). Veamos —aunque sea de manera algo sintética— el alcance de cada uno de estos controles:

A) Primero: Control de transparencia formal de carácter general. Con la expresión control de transparencia formal (o control de inclusión) de carácter general nos referimos a las exigencias de forma que ha de cumplir el predisponente para asegurarse de que las cláusulas por él predispuestas llegan a incluirse o incorporarse al contrato. Mediante él se trata de garantizar al adherente una *posibilidad de conocimiento* de las cláusulas predispuestas por el otro contratan-

te, pero no implica en modo alguno que tengan que ser efectivamente conocidas por él[11]. En concreto, el párrafo 1.º del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro exige con carácter general que las estipulaciones negociales cumplan de forma acumulativa tres requisitos para que puedan considerarse incorporadas al contrato: 1.º) Que sean redactadas de forma clara y sencilla, lo que ha de interpretarse en el mismo sentido que la exigencia de claridad, concreción y sencillez según la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Texto Refundido de Consumidores, a donde es necesario remitirnos. 2.º) Que se incluyan por el asegurador en la proposición del contrato, si la hubiere, y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario del que se hará entrega al asegurado. 3.º) Y, por último —y a diferencia de la Ley de Condiciones Generales y del Texto Refundido de Consumidores que no establecen esta tercera exigencia— que el asegurado suscriba el documento complementario en donde figuren las condiciones del contrato y del cual, además, habrá de serle entregada una copia[12].

Como puede apreciarse con relativa facilidad, estas normas de carácter general coinciden en lo esencial con las que se ocupan de la misma materia en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y en el Texto Refundido de Consumidores. De ahí que se haya planteado si la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en 1998 supuso o no la derogación del correlativo régimen establecido por este artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro. La respuesta negativa a la anterior cuestión ha prevalecido en nuestra comunidad jurídica. La opinión generalizada es partidaria de entender que la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 y la nueva redacción que esta dio a la Ley General de Defensa de los Consumidores (y luego al Texto Refundido de Consumidores) no han alterado la concepción político-legislativa plasmada en el artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro. Razón por la cual se considera que este régimen general de la incorporación de las condiciones generales al contrato de seguro debe considerarse plenamente vigente[13].

B) Segundo: Control de transparencia formal de carácter especial. El último inciso del artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro establece un régimen de control de transparencia formal (o control de inclusión) más riguroso que el anterior. Se trata de un régimen *especial* por cuanto que no va dirigido a todas las cláusulas de condiciones generales o particulares, sino solo a las *limitativas de los derechos de los asegurados*. Conforme a él, dichas cláusulas deberán reunir dos requisitos más a fin de que puedan considerarse incluidas o incorporadas al contrato: ser resaltadas o destacadas de modo especial por el asegurador, *y* ser específicamente aceptadas por escrito por el asegurado.

En primer lugar, la exigencia de que las cláusulas limitativas *se resalten o destaquen de modo especial* por el asegurador puede cumplirse de diferentes maneras: empleo de caracteres tipográficos diferentes o de mayor tamaño que el

resto del clausulado, uso de negrita, cursiva, subrayado o de otro color diferente, reserva de una parte del documento contractual para las cláusulas limitativas, inserción de estas cláusulas en recuadros o cuadros de texto y utilización de cualquier otro procedimiento que propicie el aislamiento —en la medida de lo posible— de las cláusulas limitativas respecto del resto del clausulado con el fin de que puedan ser más fácilmente percibidas, etc.[14]. Lo relevante será que se consiga o no en cada caso que la cláusula o cláusulas en cuestión no pasen desapercibidas para el asegurado. Esta es la opinión tanto de la generalidad de la doctrina[15] como de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones[16].

En segundo lugar, la exigencia legal de que las cláusulas limitativas *sean específicamente aceptadas por escrito* por el tomador o asegurado parece poner de relieve que no es suficiente con la conformidad prestada en términos generales por dicho sujeto al resto del clausulado contractual, sino que es necesario que declare de modo expreso y especial que conoce y acepta estipulaciones limitativas concretas[17]. Naturalmente, la aprobación específica de la cláusula ha de manifestarse al exterior por medio de un particular signo gráfico, que es la firma del tomador o asegurado[18]. Junto a ello, la alusión legal a que la aprobación ha de ser *específica* implica que tiene que ser distinta de la que recae sobre la generalidad del contrato, e, incluso, individual respecto de cada una de las cláusulas limitativas existentes, en caso de que sean varias[19]. Por tanto, no basta con aceptar las cláusulas limitativas mediante una cláusula de referencia genérica a todas las cláusulas de este tipo presentes en el condicionado. Ni siquiera cuando la cláusula de referencia concreta de algún modo —ya mediante su numeración, ya mediante la indicación de la página o parte del documento en que se encuentran— las cláusulas limitativas concernidas[20].

En rigor, el tratamiento legal de esta materia revela el propósito legislativo de incrementar el grado de transparencia en lo que concierne a las estipulaciones que merezcan considerarse limitativas de los derechos del asegurado. Y es que, en efecto, la principal idea que cabe inferir de esta regulación consiste en que el nivel de transparencia requerido para cualquier condición general o particular del contrato de seguro ha de aumentar de forma considerable para las cláusulas limitativas. Ahora bien, aunque somos conscientes de que esta cuestión no es aceptada de forma pacífica por toda la comunidad jurídica[21], entendemos que ese mayor grado de transparencia requerido para este tipo de estipulaciones no implica que el adherente llegue a tener un conocimiento real y efectivo de las mismas, sino tan solo una mera *posibilidad de conocimiento,* aunque cierto es que *aumentada* o *cualificada* en términos comparativos con la que se deriva del cumplimiento de las exigencias que conforman el control de transparencia formal de carácter general anteriormente analizado[22]. La práctica nos enseña que en la generalidad de los casos los tomadores y asegurados se limitan estampar sus firmas en la documentación que reciben, sin leer ni tan siquiera las cláusulas especialmente resaltadas. Suscriben los documentos tan solo con un conocimiento real y efec-

tivo de los elementos esenciales o entramado económico del contrato tal como le son presentados por el asegurador: el precio a pagar en concepto de prima y la prestación que a cambio se compromete a cumplir la casa aseguradora para el caso de que se produzcan los eventos expresamente previstos en el contrato[23].

La aplicación práctica del último inciso del artículo 3, párrafo 1.º, de la Ley de Contrato de Seguro en donde se instaura el control de transparencia formal de carácter especial al que ahora nos referimos ha suscitado importantes problemas interpretativos que obedecen a la ausencia de criterios legales para determinar qué ha de entenderse por cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y, por ende, para distinguir estas estipulaciones tanto de las que delimitan el riesgo asegurado como de las lesivas[24]. De ahí la muy abundante jurisprudencia que ha generado la interpretación de este precepto[25]. Y de ahí también que la doctrina no siempre haya llegado a conclusiones coincidentes en esta materia[26]. Se hace por ello necesario prestar atención seguidamente a este asunto [*infra,* III]. En rigor, solo después de conocer qué ha de entenderse por cláusula limitativa de los derechos del asegurado estaremos en condiciones de poder explicar el significado y alcance del control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes [*infra*, IV].

III. NOCIÓN DE CLÁUSULA LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DEL ASEGURADO: PROTECCIÓN DE LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DEL ADHERENTE

Como se sabe, a través del contrato de seguro el asegurador se compromete, a cambio de una prima, a indemnizar al asegurado —en los términos acordados— para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura. Básicamente esta es la definición de este tipo de contrato que proporciona el artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro: «aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas». Por tanto, de la propia noción legal del contrato de seguro se desprende la importancia que en él tiene el elemento del riesgo. Y, de hecho, la dogmática relativa al seguro lo eleva a la categoría de elemento esencial del contrato. En concreto, el riesgo y la prima integran el elemento causal que, junto con el interés asegurado —elemento objetivo— y el consentimiento de los contratantes, conforman los elementos esenciales del contrato *ex* artículo 1261 del Código Civil. El riesgo es un elemento de tanta relevancia que el legislador declara de forma clara y rotunda que sin riesgo el contrato de seguro es nulo (art. 4 Ley de Contrato de Seguro y artículo 581-4 Anteproyecto de Código Mercantil)[27].

Naturalmente, el riesgo se delimita en el contrato a través de cláusulas negociales enderezadas a determinar los eventos cuyo acaecimiento provoca el nacimiento de la obligación indemnizatoria del asegurador. Estas son las que se conocen genéricamente como *cláusulas delimitadoras o de delimitación del riesgo*. En palabras del Tribunal Supremo, se trata de cláusulas que «concretan el objeto del contrato y fijan los riesgos que, en caso de producirse, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación por constituir el objeto del seguro» (STS de 22 de abril de 2016). La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 sentó en esta materia una doctrina posteriormente recogida por otras muchas resoluciones del Alto Tribunal (entre otras, SSTS de 17 de octubre de 2007, 20 de julio de 2011, 15 de octubre de 2014 y 22 de abril de 2016). Conforme a ella son estipulaciones delimitadoras del riesgo aquellas que tienen por finalidad delimitar el objeto del contrato, de modo que concretan: a) qué riesgos constituyen dicho objeto; b) en qué cuantía; c) durante qué plazo; y d) en qué ámbito temporal. Otras resoluciones posteriores consideran que son cláusulas delimitadoras del riesgo las que fijan la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada (SSTS de 5 de marzo de 2012 y de 19 de julio de 2016). Desde nuestro punto de vista, especial relevancia reviste también en esta materia la ya mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012. En ella puede leerse que las cláusulas delimitadoras del riesgo son las que «establecen exclusiones objetivas de la póliza o restringen su cobertura en relación con determinados eventos o circunstancias, siempre que respondan a un propósito de eliminar ambigüedades y concretar la naturaleza del riesgo en coherencia con el objeto del contrato (…) o en coherencia con el uso establecido», añadiéndose a lo anterior que no pueden considerarse delimitadoras del riesgo las «cláusulas que delimiten el riesgo en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual». La importancia de estas últimas afirmaciones reside en que en ellas el Tribunal Supremo nos dice, en sentido negativo, qué estipulaciones no son delimitadoras del riesgo por tratarse de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado —a las que nos referiremos a continuación—: las que acotan el riesgo «en forma contradictoria con el objeto del contrato o con las condiciones particulares de la póliza, o de manera no frecuente o inusual».

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en la práctica aseguradora existen distintos tipos de seguros en función del riesgo cubierto de acuerdo con la ley y con lo que resulta habitual o usual. Esto significa que cuando se celebra el contrato de seguro el tomador o asegurado cuenta con unas *expectativas legítimas y razonables acerca del riesgo asegurado en función de la regulación legal y usual de ese tipo de contrato, de las negociaciones que lo han precedido y de las circunstancias que han rodeado su celebración* (esto es, del contexto en el que se ha desarrollado la operación). En rigor, estas expectativas enlazan con las cláusulas de delimitación del riesgo antes referidas, que deben ser efectiva-

mente conocidas y consentidas por el adherente, en la medida en que forman parte de los elementos esenciales o entramado económico del contrato (precio y prestación). De modo que cualquier cláusula que reduzca o aminore el riesgo cubierto por debajo de lo que acabamos de indicar (expectativas legítimas y razonables del adherente a la vista de las circunstancias más arriba expresadas) será una *cláusula limitativa de los derechos del asegurado,* sujeta al control de transparencia formal (o control de inclusión) de carácter especial más arriba analizado (especial resalto y aceptación específica y por escrito). En esta dirección apunta el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016 cómo «la jurisprudencia ha determinado, de forma práctica, el *concepto de cláusula limitativa, referenciándolo al contenido natural del contrato*, derivado, entre otros elementos, de las cláusulas identificadas por su carácter definidor, de las cláusulas particulares del contrato y del *alcance típico o usual que corresponde a su objeto con arreglo a lo dispuesto en la ley o en la práctica aseguradora»*[28]. En otras resoluciones el Alto Tribunal ha definido las cláusulas limitativas como aquellas que «*delimitan el riesgo de modo anormal, sorpresivo o inusual*, ya sea porque se aparten de la cobertura propia del tipo de contrato de seguro de que se trate, ya sea porque introduzcan una restricción que haya que entender, en aplicación de un criterio sistemático en la interpretación, más limitado que el riesgo contractualmente aceptado de modo evidente» (SSTS de 10 de mayo de 2005, de 28 de enero de 2008 y de 19 de junio de 2016)[29].

A la vista de lo expuesto, parece claro que la pregunta que el intérprete tendría que formularse con vistas a dilucidar si la cláusula delimitadora del riesgo que enjuicia merece considerarse limitativa de los derechos del asegurado o simplemente delimitadora del riesgo es básicamente la que sigue: *¿podía esperar fundadamente un asegurado o tomador medio que el riesgo excluido por dicha cláusula iba a quedar cubierto por el contrato a la vista del tipo concreto de contrato celebrado según resulta principalmente de la ley que lo regula, de la práctica aseguradora y de las negociaciones que precedieron a su celebración?* Obviamente, si la respuesta fuese afirmativa, la cláusula merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, en la medida en que supondría un recorte manifiesto de las expectativas legítimas y razonables del adherente. En caso contrario, estaríamos ante una cláusula meramente delimitadora del riesgo cubierto por el contrato. Con relativa facilidad se constata la relevancia que en la noción de cláusula limitativa posee la idea de *conferir adecuada protección las expectativas legítimas y razonables del adherente*[30]. Por cierto que el contrato de seguro no es el único sector de nuestro Derecho privado en el que se otorga protección a dichas expectativas. Así ocurre también, por ejemplo, en la regulación del que ha dado en llamarse y reconocerse como principio de la integración publicitaria del contrato[31]. El legislador reconoce a los consumidores el derecho a exigir a la contraparte que los contenidos publicitarios y promocionales integren el contrato (*ex* artículo 61 Texto Refundido

de Consumidores) porque de no ser así podrían defraudarse gravemente las expectativas legítimas y razonables que la publicidad generó en el ánimo de aquellos incitándoles a contratar[32]. En rigor, estas concreciones normativas de la protección de las legítimas expectativas de los contratantes —a las que cabría añadir alguna otra como, por ejemplo, el artículo 116 Texto Refundido de Consumidores— no son sino derivaciones legales específicas del gran principio de la buena fe en sentido objetivo (art. 1258 Código Civil y art. 57 Código de Comercio), de enorme relevancia dogmática y práctica en el ámbito del Derecho de obligaciones y contratos.

Un criterio —cierto es que no el único— especialmente importante y útil para dar respuesta a la pregunta anteriormente formulada y, en suma, para dilucidar en cada caso si estamos o no ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado, lo proporciona la propia *descripción legal del tipo de contrato de seguro* ante el que nos encontremos. A él recurre, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016. Se analiza en ella una cláusula contractual inserta en un contrato de transporte que pretende excluir de cobertura los daños causados a la mercancía con ocasión de su carga y descarga[33]. Como apunta el Tribunal, el problema no es otro que calificar dicha estipulación como delimitadora del riesgo o limitativa de derechos. Finalmente se inclina por entender que se trata de una cláusula limitativa. Y para ello se vale del criterio que proporciona la *descripción legal del tipo contractual realizada por el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro,* de la que se infiere sin dificultad que un seguro de responsabilidad civil del transportista cubre naturalmente los daños que se causen a la mercancía en las operaciones de carga y descarga[34]. Y siendo esto así —argumenta con buen criterio el Tribunal—, se hace necesario concluir que la cláusula en cuestión es limitativa de los derechos del asegurado por contravenir las expectativas legítimas y razonables del adherente. Según sus palabras, a la luz de lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Contrato de Seguro[35], «resulta claro que la previsión natural del precepto respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente (*salvo pacto expreso en contrario*), pero dicho recorte se configura como una cláusula limitativa de los derechos del asegurado; sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro».

> Cierto es que seguidamente el Alto Tribunal considera que, en rigor, la cláusula analizada no solo merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, sino además lesiva *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: «Es más, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión «de cierre», al decir que se excluyen *cualesquiera otros [riesgos] análogos o similares*, de tal indeterminación,

> que en la práctica vacía de contenido el aseguramiento. Por lo que *casi nos encontraríamos más ante una cláusula lesiva que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro*[36]. En definitiva, impide la eficacia de la póliza». Baste por ahora solo con apuntar esta idea. La retomaremos más adelante al abordar el control de transparencia real prohibitivo de las cláusulas sorprendentes[37].

Todo lo hasta ahora expuesto no debe, sin embargo, llevarnos a concluir que solo son cláusulas limitativas de los derechos del asegurado las que reducen el riesgo en el sentido indicado. En realidad, lo son *todas las que excluyen o limitan cualesquiera derechos legales o contractuales del tomador o asegurado*[38]. Por ejemplo, dispone la ley que el tomador puede oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita efectuada con un plazo de, al menos, un mes de antelación a la conclusión del periodo de vigencia del seguro en curso. En consecuencia, entraría dentro del concepto de cláusula limitativa una condición general que dispusiera que dicha notificación habría de realizarse necesariamente por correo certificado con acuse de recibo o por vía notarial. La razón de que pongamos aquí especial énfasis en diferenciar las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado de las cláusulas de delimitación del riesgo estriba en que en la práctica las cláusulas limitativas que han resultado especialmente controvertidas o problemáticas han sido —y siguen siendo— las que inciden sobre el riesgo. En esta idea repara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de abril de 2016 aquí repetidamente aludida. En ella, tras apuntar que desde una perspectiva teórica «la distinción entre cláusulas de delimitación de cobertura y cláusulas limitativas es sencilla», afirma —en la misma dirección que con anterioridad lo había hecho la Sentencia de 25 de noviembre de 2013— que, sin embargo, «en la práctica, no siempre han sido pacíficos los perfiles que presentan las cláusulas delimitadoras del riesgo y las limitativas de los derechos del asegurado»[39].

Aclarado lo anterior, es ahora el momento de relacionar las cláusulas de delimitación del riesgo con las limitativas de derechos y con las lesivas o abusivas. Al respecto cabe sostener que se trata de categorías que operan en planos distintos y, por tanto, no excluyentes[40]. Como hemos visto, las cláusulas delimitadoras del riesgo tienen la función de acotar o determinar cuál es el riesgo cubierto y no cubierto por el contrato. Dichas cláusulas *no pueden ser abusivas pero sí limitativas*. Nos explicamos:

a) *No pueden ser abusivas* porque, dada su condición de cláusulas reguladoras de los elementos esenciales o parte económica del contrato (el riesgo —no se olvide— encaja plenamente dentro de estos elementos), no están sujetas a

control de contenido. Y no estando sujetas a este tipo de control, no pueden considerarse abusivas. De ahí que ningún juez pueda decidir que el riesgo acotado en el contrato es insuficiente teniendo en cuenta la cuantía de la prima[41]. Y es que, pese a tratarse de una cuestión aún no del todo cerrada en nuestra comunidad jurídica, somos de la opinión de que las estipulaciones negociales relativas a precio y prestación (esto es, al entramado o parte económica del contrato) no pueden ser objeto de control de contenido, por lo que resulta inadmisible en nuestro ordenamiento un control judicial de precios o del equilibrio económico entre prestaciones al amparo de la cláusula general de control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas[42]. La admisión de dicho control, además de suponer una violación del principio de autonomía de la voluntad, encuentra un obstáculo insalvable en la ausencia de un parámetro normativo conforme al cual valorar si el precio acordado es justo o injusto, por cuanto que la equivalencia entre precio y prestación corresponde al mercado y no al Derecho[43].

b) En cambio, estas cláusulas (delimitadoras del riesgo) *sí pueden ser limitativas*. Merecerán esta calificación —como hemos visto— cuando reduzcan el riesgo típicamente asegurado de conformidad con el tipo de contrato y su regulación legal y usual en contraste con las legítimas expectativas del adherente. En este caso su licitud exige inexcusablemente cumplir las exigencias de resalto y aceptación que conforman el régimen de control de transparencia formal (o control de inclusión) de carácter especial que analizamos. Bien entendido que la superación de este control simplemente permite que la cláusula forme parte del contrato (esto es, se incluya o incorpore a él, por cumplir las exigencias de transparencia formuladas por la ley) pero *no garantiza su conocimiento efectivo ni impide que sea objeto de otros controles*, como el *control de transparencia material* al que haremos referencia a continuación, prohibitivo de las *cláusulas sorprendentes* en el sentido que más adelante explicaremos, que sí persigue garantizar el conocimiento real y efectivo de las cláusulas por el asegurado[44].

Ahora bien, no se olvide, como indicamos más arriba, que el concepto de cláusula limitativa de los derechos del asegurado no se limita solo a las cláusulas que aminoran el riesgo cubierto. Limitativas son también todas las cláusulas que limitan o reducen cualesquiera otros derechos del tomador resultantes de la ley o del contrato. Naturalmente, estas otras cláusulas limitativas pero ajenas al riesgo cubierto y, en general, al entramado económico del contrato sí pueden ser objeto de control de contenido —y, por ende, abusivas—, aun cuando hayan sido especialmente resaltadas por el asegurador y específicamente aceptadas por el tomador o asegurado. Así ha de ser por cuanto que, en general, la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado —a excepción de aquellas que siendo limitativas desnaturalizan el contrato— opera en el ámbito del control de inclusión o transparencia formal y no prejuzga los resultados de la eventual práctica del control de contenido.

En suma, de todo lo expuesto cabe concluir que dentro de la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado tienen cabida dos tipos distintos de estipulaciones: a) Están, por un lado, las que reducen el riesgo cubierto por debajo de las expectativas legítimas y razonables del adherente y, en general, cualesquiera otras que *limitan derechos del asegurado o tomador en relación con los elementos esenciales o la parte económica del contrato*. b) Pero están también, por otro lado, las que *limitan o reducen derechos del tomador o asegurado resultantes de la ley o del contrato y no relativos a los mencionados elementos esenciales o entramado económico del negocio*. Mientras que el primer grupo de cláusulas no puede ser sometido a control de contenido, en los términos anteriormente indicados, el segundo, en cambio, sí está sujeto a dicho control. Pero esto no implica que las cláusulas que integran el primer grupo no puedan declararse lesivas para el asegurado. Merecerán considerarse lesivas *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro cuando no superen el *control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes* que abordamos a continuación.

IV. CONTROL DE TRANSPARENCIA MATERIAL PROHIBITIVO DE LAS CLÁUSULAS SORPRENDENTES: PROTECCIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL ASEGURADO

1. Planteamiento: control de cláusulas limitativas de los derechos del asegurado con efecto desnaturalizador del contrato

Una forma de explicar el alcance y significado del *control de transparencia material* que ahora analizamos podría partir de exponer las posibles soluciones que cabría dar a la cláusula analizada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2016 anteriormente aludida si los hechos hubiesen acaecido de forma distinta al modo en que realmente acontecieron. Pensemos, en efecto, por un momento que la cláusula sobre la que versaba el conflicto enjuiciado por la referida Sentencia (que —recuérdese— dejaba fuera de cobertura los daños y pérdidas acaecidos en las operaciones de carga y descarga) hubiese sido especialmente resaltada en el contrato por el asegurador y aceptada de forma específica por el tomador o asegurado. En tal hipótesis, dos son las posibles soluciones que se abrirían al intérprete:

1.ª) *Primera solución:* Consistiría en entender que en este caso nos encontramos ante una estipulación válida y vinculante para el tomador o asegurado, al tratarse de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado que cumple los especiales requisitos de inclusión o incorporación que para este tipo de estipulaciones fija el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: especial resalto y aceptación específica y por escrito. Naturalmente, esta valoración de la cláusula

parte de entender que cuando el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro exige que las llamadas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados cumplan las exigencias de resalto y aceptación, lo que se persigue no es sino garantizar que en el momento de la celebración del contrato el tomador o asegurado tenga un *conocimiento real y efectivo* de todas las limitaciones que le afectan dentro del entramado negocial. Además, esta solución parece partir de aceptar que las categorías de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y de las cláusulas lesivas son excluyentes: si la cláusula limitativa cumple los requisitos exigidos (especial resalto y aceptación específica y por escrito) es válida, se incorpora al contrato y no puede ser declarada lesiva o abusiva.

2.ª) *Segunda solución:* Estribaría en considerar que en dicho supuesto estamos ante una cláusula, en principio, incluida o incorporada al contrato —por concurrir en ella de forma acumulativa las exigencias de inclusión o incorporación fijadas legalmente—, pero sin que nada impida que pueda ser declarada inválida si se entiende que tiene carácter lesivo para el asegurado *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Esta otra forma de enfocar el asunto se apoya en varias premisas. La primera estriba en entender que las exigencias de especial resalto y aceptación específica y por escrito no garantizan un conocimiento real y efectivo de las cláusulas limitativas por parte del tomador o asegurado sino solo una *posibilidad de conocimiento* (cierto es que *cualificada* —como señalamos más arriba— respecto de la que se deriva del cumplimiento de los requisitos inherentes al control de transparencia formal de carácter general: perceptibilidad, comprensibilidad y entrega al adherente). La segunda premisa consiste en aceptar que la noción de cláusula limitativa de los derechos del asegurado opera en el ámbito del control de inclusión (o transparencia formal) y no prejuzga los resultados de la eventual práctica del control de contenido dirigido a determinar si posee o no carácter lesivo para el asegurado.

En la Sentencia a la que ahora nos referimos el Tribunal Supremo parece decantarse en un primer momento por la primera de las soluciones expuestas, al afirmar, por un lado, que «[c]uando legislativamente se estableció un régimen específico para que determinadas condiciones generales del contrato de seguro alcanzasen *validez*, se estaba pensando precisamente en las cláusulas que restringen la cobertura o la indemnización esperada por el asegurado»; y, por otro lado, que «resulta claro que la previsión natural del precepto [artículo 58 Ley de Contrato de Seguro] respecto al momento en que comienza y termina la cobertura puede recortarse convencionalmente (*salvo pacto expreso en contrario*), pero dicho recorte se configura como una *cláusula limitativa de los derechos del asegurado*; *sometida, por tanto, a su peculiar régimen de validez, previsto en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro*»[45]. Como puede constatarse, alude aquí expresamente el Tribunal Supremo al especial «régimen de validez» (*sic*) de las cláusulas limitativas, lo que parece dar a entender que, a su juicio, es válida toda cláusula limitativa que cumpla las exigencias de especial resalto

y aceptación específica por el asegurado, razón por la cual se incorpora al contrato y no puede declararse lesiva.

A continuación, sin embargo, el Alto Tribunal realiza unas consideraciones interesantes en la dirección de la segunda solución antes expuesta. En ellas expresa su parecer de que, en rigor, la estipulación analizada *no solo merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, sino además lesiva* (*ex* artículo 3 Ley de Contrato de Seguro): «Es más, la cláusula no se refiere propiamente a la caída de la mercancía, sino a parte de ella (bultos) e introduce una previsión de cierre, al decir que se excluyen *cualesquiera otros [riesgos] análogos o similares*, de tal indeterminación, que en la práctica *vacía de contenido el aseguramiento*. Por lo que casi nos encontraríamos más ante una *cláusula lesiva* que ante una meramente limitativa, si entendemos por lesiva *aquella que reduce considerablemente y de manera desproporcionada el derecho del asegurado, vaciándolo de contenido, de manera que es prácticamente imposible acceder a la cobertura del siniestro*. En definitiva, impide la eficacia de la póliza»[46].

Estas últimas consideraciones del Tribunal Supremo son de gran interés en la medida en que parecen abrir la puerta al control de transparencia material que abordamos. Como expusimos más arriba, las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado pueden ser de dos tipos: A) relativas a los elementos esenciales o parte económica del contrato, y B) referentes a extremos no esenciales. Las primeras, pese a no poder ser sometidas a control de abusividad —ya que los elementos esenciales del contrato quedan al margen de dicho control—, sí pueden ser declaradas lesivas *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. Por otra parte, dentro del primer grupo de cláusulas limitativas podemos distinguir dos subgrupos: a) las que limitan los derechos del asegurado (especialmente el riesgo cubierto) de forma no especialmente intensa y desproporcionada, y b) las que producen ese efecto pero de una manera *desproporcionada*, hasta el extremo de *desnaturalizar el contrato en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado*[47]. Como es natural, habrá de ser el intérprete —normalmente el juez o árbitro— quien en cada caso realice la valoración encaminada a dilucidar si la cláusula enjuiciada produce o no el efecto de desnaturalizar el contrato en el sentido indicado.

Pues bien, aclarado lo anterior, es necesario dejar constancia de que las cláusulas dotadas de un efecto desnaturalizador del negocio en el sentido expuesto, aun sin dejar de ser limitativas, merecen categorizarse, además, como *sorprendentes* —también llamadas sorpresivas, insólitas o inesperadas, esto es las *überraschende Klauseln* del Derecho alemán—, con referencia a aquellas cláusulas que solo pueden considerarse lícitas y eficaces si cuentan con el *conocimiento y la aprobación efectivos* por parte del tomador o asegurado. No en vano, la mejor doctrina define esta categoría de cláusulas como las que, «de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas o sorprendentes que el adherente, al forjar sus expectativas,

no haya podido contar razonablemente con su existencia»[48]. Al mismo tiempo, esta misma doctrina es clara y rotunda al señalar —con buen criterio— que la eliminación del carácter sorprendente de una cláusula es tarea que corresponde por entero al predisponente, quien con tal fin habrá de asegurarse de que el cliente conozca de forma real y efectiva su existencia, contenido y alcance[49].

> En este sentido son muy interesantes las afirmaciones que realiza el Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. Señala en ella el Tribunal que el objetivo del control de transparencia estriba en comprobar que «el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Se requiere, por tanto —como añade el Tribunal en otro lugar de esta importante resolución—, «que *la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*»[50].

Al abordar este asunto no puede perderse de vista que en la realidad de los hechos la utilización de clausulados de condiciones generales de la contratación genera un efecto de opacidad que permite presumir que los adherentes no conocen ni tienen por qué conocer el contenido regulador de aquellas. Y este efecto de opacidad ni siquiera es neutralizado, a nuestro juicio, por las exigencias legales de especial resalto y aceptación específica de las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, encaminadas —según expusimos más arriba— a que los adherentes tengan la posibilidad de conocer las cláusulas limitativas de derechos, pero sin llegar a garantizarles un conocimiento real y efectivo de las mismas. De modo que es razonable partir de la base de que el tomador no conoce las cláusulas limitativas pese a que cumplan las exigencias del control de transparencia formal de carácter especial, a menos que el asegurador demuestre lo contrario.

Por consiguiente, cabe hablar de una *presunción de desconocimiento efectivo de las cláusulas limitativas, aun cuando superan el control de transparencia formal de carácter especial*. Dicha presunción podrá destruirse por el asegurador si demuestra que hubo un conocimiento efectivo de la cláusula en cuestión por parte del tomador o asegurado. Con ese fin podrá recurrir a medios tales

como la correspondencia postal o electrónica intercambiada entre las partes durante la fase de negociación, o incluso la grabación lícitamente efectuada de las conversaciones habidas entre los contratantes. Además, cabría entender que la colocación de la cláusula en la parte del documento contractual destinada a acotar el riesgo cubierto al principio de la póliza permitiría sostener que la cláusula fue o debió ser conocida por el tomador.

La coherencia de la argumentación precedente es más que evidente: si no se controlan los elementos esenciales del contrato por no ser necesario, ya que los adherentes dirigen (o deben dirigir) su atención cuando contratan a los factores que configuran el mercado (precio y prestación), habrá que considerar decisivo y fundamental que las cláusulas relativas a dichos elementos esenciales sean verdaderamente transparentes, ya que solo así no resultarán desvirtuados aquellos factores. De ahí la ilicitud de las cláusulas desnaturalizadoras del contrato que no cumplen esta exigencia de especial transparencia, que son precisamente las denominadas sorprendentes[51]. Y de ahí también que haya de relacionarse directamente el control de transparencia material prohibitivo de este tipo de estipulaciones con los *deberes de información precontractuales*, toda vez que la finalidad de este control reside en preservar que el adherente manifieste un consentimiento verdaderamente informado (esto es, actúe con plena libertad de saber) sobre la base de la información que le ha tenido que ser suministrada con carácter previo por el predisponente[52].

2. Algunos ejemplos de cláusulas sorprendentes en nuestra jurisprudencia sobre seguros

Desde un punto de vista técnico, la regla de las cláusulas sorprendentes constituye un requisito de inclusión de carácter negativo, es decir, afecta a cláusulas que han superado los requisitos de inclusión o controles de transparencia formal —tanto el general como especial— pero que por otras razones son expulsadas o desalojadas del contrato[53]. Se trata de una regla procedente del Derecho alemán cuya formulación fue omitida de manera deliberada y consciente por nuestro legislador —aunque cierto es que con una argumentación muy débil— tanto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como en el Texto Refundido de Consumidores[54]. Sin embargo, pese a esto, tanto nuestra doctrina[55] como nuestra jurisprudencia[56] la han admitido sin mayores problemas.

En el ámbito judicial resulta de interés en el sector del seguro la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1995[57]. Aunque expresada de modo deficiente, en ella subyace la idea de la prohibición de las cláusulas sorprendentes en el sentido expuesto. El litigio se centraba en este caso en torno al significado y alcance de una cláusula que venía a disponer que «los daños de lluvia serán indemnizados siempre que se registre una pre-

cipitación superior a los 40 litros hora y metro cuadrado». El Juez de primera instancia interpretó, de acuerdo con la literalidad de la estipulación, que los daños producidos por la lluvia solo quedarían incluidos en la cobertura del seguro concertado en caso de que se hubiesen registrado, cuantitativamente, unas precipitaciones de al menos cuarenta litros por metro cuadrado durante el intervalo de una hora, por lo que el siniestro producido se hallaba excluido de la cobertura del seguro.

La Audiencia Provincial, en cambio, estimó que «la cuestión no es tan simple ni la cláusula tan inequívoca y clara», ya que la expresión *precipitaciones* puede interpretarse de dos modos: como cantidad de agua total caída y como intensidad con que ha caído la lluvia. Y de los dos, optó por el segundo, por lo que resolvió que siempre que la intensidad con la que caiga la lluvia sea de cuarenta litros por metro cuadrado y hora, aunque solo hubiese sido durante un segundo, se entendería producido el riesgo. Y ello porque, de interpretar la palabra precipitación en el otro de los sentidos expresados, «se llegaría a dejar sin contenido el contrato […]. Ni en las gotas frías más famosas se encuentran precipitaciones de ese tenor de manera generalizada […] *Exigir eso,* que caiga algo más de 40 litros para que esté obligada, *es vaciar de contenido el contrato pues la aseguradora se escaparía del pago*, porque seguro que estaríamos ante una catástrofe», y para tales casos «está el Consorcio y […] no está la compañía, pues los extraordinarios son riesgos excluidos por definición del seguro, que solo cubre los ordinarios»[58].

Además, como señala acertadamente más adelante la Audiencia en esta resolución, «[t]al vez si la aseguradora, como le impone la buena fe, hubiese puesto en conocimiento de la actora que en la inmensa mayoría de las ocasiones, casi en todas, en que su industria sufriese daños por agua si no excedían [sic] de 40 litros metro cuadrado el agua caída de manera ininterrumpida durante una hora, estaba sin seguro, con altísima seguridad que no hubiese firmado el contrato con esa compañía, que casi siempre podría encontrar un espacio de tiempo a dividir por el agua caída que diese un cociente inferior a esa cifra. Por ello la cláusula oscura debe perjudicar a quien la pone y entenderse que está no puesta […]»[59].

Un caso muy similar al anterior nos lo proporciona la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 3 de abril de 1997, relativa a un contrato de seguro «multi-hogar». Entre los riesgos cubiertos por dicho contrato, se encontraban los daños materiales directamente causados a la vivienda por lluvia, pero solo —según constaba en una de las estipulaciones del contrato— cuando «la precipitación fuera superior a 40 litros por metro cuadrado y hora y viento, siempre que su velocidad superase los 96 km/h.». En opinión de la Audiencia, dicha cláusula merece considerarse abusiva por dejar sin efecto el contrato: «en el caso que nos ocupa y hablando del peor temporal que se recuerda al menos en los últimos treinta años, ninguna racha de viento llegó a alcanzar el

mínimo de cobertura previsto en el condicionado general de la póliza mientras que las precipitaciones fueron irrisorias comparadas con los 40 litros por metro cuadrado y hora que aquel contempla. Nos hallamos por tanto, ante un riesgo de fenómenos meteorológicos que quizá en regiones tropicales sea posible, mas que en estas latitudes, de producirse, resultaría histórico». En rigor, sin embargo, parece que nos encontramos ante una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y sorprendente —y, por ende, lesiva—, en la medida en que cabe atribuirle un efecto desnaturalizador del contrato en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables del asegurado[60].

Si de la llamada jurisprudencia menor pasamos a la jurisprundencia en sentido propio, esto es, a la que emana del Tribunal Supremo, especial relevancia tiene en esta materia la Sentencia de 17 de octubre de 2007. Se discutía en ella acerca de qué debe considerarse *Beneficio Bruto*. En principio, de acuerdo con la normativa contable y la doctrina que la interpreta, este concepto se concibe como «el valor de producción (ventas, más subvenciones, más variación de existencias, más trabajos realizados por la empresa para el inmovilizado), menos las compras netas, los gastos externos y los de personal, esto es, ingresos menos gastos». Sin embargo, una de las condiciones generales del contrato de seguro definía este término de una forma diferente, siendo así que se trataba de un concepto fundamental para el contrato de seguro sobre el que versaba el litigio[61]. A juicio del Tribunal Supremo, dicha cláusula ha de considerarse limitativa de los derechos del asegurado habida cuenta de sus efectos. Y a esto añade que se trata de una estipulación «inusual, al establecer un sistema diferente al seguido generalmente por las empresas para la determinación del Beneficio Bruto», y apartarse del concepto fijado por el Plan General de Contabilidad. Razón por la cual concluye que «cabe calificarla como una *cláusula sorpresiva*, según la construcción de la jurisprudencia alemana, en virtud de la cual se negaba la validez de aquellas *disposiciones cuya presencia en el contrato podía considerarse razonablemente como una sorpresa para el cliente*, cuya regla puede enunciarse en el sentido de que *no se consideran incorporadas al contrato aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la propia naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar racionalmente con su existencia*»[62].

Esta importante Sentencia termina sentando la idea de que la prohibición de las cláusulas sorprendentes se encuentra latente en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados que formula el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro: «En nuestro Derecho, la falta de acogida explícita de la regla de las *cláusulas sorpresivas* en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación no significa que falte en el ordenamiento positivo español todo vestigio sobre ellas, y tampoco que carezcan de virtualidad, pues, de un lado, existen señales sobre las mismas en la Disposición Adicional 1.ª de la Ley primeramente indicada,

y de otro, en el ámbito de la Ley de Contrato de Seguro dicha pauta late en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados».

Por último, cabe también mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2016 aquí reiteradamente aludida. En ella el Alto Tribunal coincide con la Audiencia Provincial de Asturias en entender que «la exclusión de cobertura relativa a los daños producidos en las labores de carga y descarga, en tanto que operaciones imprescindibles para la ejecución del contrato de transporte, *resulta sorprendente para el asegurado*, que había contratado un seguro de transporte sobre las mercancías transportadas. Precisamente cuando hay contradicción entre las cláusulas que definen el riesgo y las que lo acotan es cuando puede producirse una *exclusión sorprendente*, en cuanto que ajena al aseguramiento de una mercancía con ocasión de su transporte, entendido como un todo, es decir, no solo como un traslado, sino como una operación compleja que incluye la carga de la mercancía en el medio de transporte (en este caso, el camión), el traslado de un lugar a otro y la descarga para la entrega al destinatario. Como dicen las Sentencias 516/2009, de 15 de julio, y 601/2010, de 1 de octubre, el *carácter limitativo de una cláusula puede resultar del hecho de que se establezca una reglamentación del contrato que se oponga, con carácter negativo para el asegurado, a la que puede considerarse usual o derivada de las cláusulas introductorias o particulares*. El principio de transparencia, que constituye el fundamento del régimen especial de las cláusulas limitativas, opera, en efecto, con especial intensidad respecto de las cláusulas que afectan a la reglamentación del contrato»[63].

3. Nuevas tendencias legislativas: la formulación de la regla de las cláusulas sorprendentes en algunas propuestas legislativas de reforma del Derecho español de contratos

La regla de las cláusulas sorprendentes aparece formulada en las dos propuestas legislativas que, desde nuestro punto de vista, se presentan en la actualidad como los principales materiales normativos en los que cabe vislumbrar las nuevas tendencias del Derecho español de contratos, en torno a los cuales gira el debate acerca de la configuración que en el futuro ha de tener la teoría general del contrato y de la obligación. Nos referimos a la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 y al Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 (en especial su Libro Cuarto), elaborados por las Secciones de Derecho Civil y Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, respectivamente.

En efecto, el malogrado Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 contiene una regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, aunque no la incluye en la regulación del contrato de seguro sino en los preceptos que dedica a las

condiciones generales de la contratación. Según esta regla formulada por el artículo 430-3, apartado 2.º, del Anteproyecto, «[c]arece de eficacia aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que esta la acepte expresamente».

En esta norma del Anteproyecto cabe apreciar una clara influencia del artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales[64]. Bajo la rúbrica «cláusulas sorpresivas», este último precepto —que cuenta con dos apartados— dispone lo siguiente: «(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación». Como puede leerse en el «Comentario» a esta norma, su finalidad no es otra que «evitar que la parte que utiliza cláusulas estándar adquiera una ventaja injusta imponiendo cláusulas furtivas que la otra parte difícilmente aceptaría si fuera consciente de ellas». A efectos de la correcta interpretación de esta regla, ha de tenerse en cuenta que los Principios Unidroit utilizan la expresión cláusulas estándar para aludir a «aquellas disposiciones contractuales preparadas con antelación por una de las partes para su uso generalizado y repetido sin ser negociadas con la otra parte» [artículo 2.1.19, apartado (2), Principios Unidroit][65].

Con relativa facilidad se constata que, de conformidad con los Principios Unidroit y con el Anteproyecto de Código Mercantil, una cláusula puede ser sorpresiva no solo por su *contenido*, sino también por su *«lenguaje o presentación»* (Principios Unidroit) o por su *«redacción material o formal»* (Anteproyecto de Código Mercantil). Esto se debe a que los Principios Unidroit —y por influencia de estos también el Anteproyecto de Código Mercantil— no formulan los requisitos de inclusión o incorporación de las condiciones generales —esto es, el que aquí hemos dado en llamar control de transparencia formal de carácter general— de forma positiva, concretando de modo expreso qué exigencias formales han de cumplir los predisponentes para asegurarse de que sus cláusulas predispuestas se incorporan válidamente a los contratos que celebran. Su proceder es otro. Consiste en formular dichos requisitos o exigencias a través de la regla de las cláusulas sorprendentes o sorpresivas. Por consiguiente, de conformidad con estos textos jurídicos, una estipulación no solo puede ser sorprendente cuando tiene un *contenido inesperado o sorpresivo* para el adherente, sino también cuando se presenta con *caracteres tipográficos muy pequeños* (incumplimiento de la exigencia de la *perceptibilidad*) o cuando es de *difícil comprensión a la vista de la terminología utilizada para expresarla o redactarla* (incumplimiento de la exigencia de la *comprensibilidad*).

En concreto, en el Comentario al artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit, bajo la rúbrica «[e]stipulaciones *sorpresivas* por su termino-

> logía o presentación», puede leerse lo que sigue: «Otra de las razones para que una estipulación contenida en cláusulas estándar resulte sorpresiva para la parte adherente puede ser la terminología empleada para expresarla, que puede ser oscura, o la manera en que se presenta tipográficamente, por ejemplo con caracteres muy pequeños». Y a lo anterior añade: «Para determinar si este es el caso, debe tomarse en consideración no tanto la formulación y presentación comúnmente utilizada en este tipo de cláusulas estándar, sino sobre todo a la (*sic*) práctica profesional y experiencia de aquellos que se encuentren en las mismas condiciones que la parte adherente. Así, una misma expresión puede resultar al mismo tiempo oscura o clara, dependiendo de si la parte adherente pertenece a la misma categoría profesional que aquella que utilizó las cláusulas estándar».

A nuestro juicio, la solución elegida en esta materia por los redactores de los Principios Unidroit y del Anteproyecto de Código Mercantil no es la mejor de todas las posibles. Nos parece más coherente y acertado optar por formular de forma expresa y en sentido positivo los requisitos de inclusión o incorporación, y que la regla de las cláusulas sorprendentes juegue como un requisito negativo de inclusión, con referencia a aquellas cláusulas que, pese a haberse incorporado válidamente al contrato por cumplir las exigencias de forma dispuestas a tal efecto por la ley, han de quedar fuera del clausulado contractual en consideración a su contenido sorpresivo, insólito o inesperado. Desde este punto de vista, por tanto, la regla de las cláusulas sorprendentes ha de servir para privar de eficacia a las cláusulas negociales con cuya presencia el tomador o adherente no tiene por qué contar, teniendo en cuenta el contenido material de regulación de la cláusula [1.º)] y las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato y que desnaturalizan o privan de sentido a este [2.º)].

1.º. En cuanto a lo primero, son cláusulas que regulan asuntos importantes dentro del entramado contractual, es decir, aspectos que suelen ser conocidos y tomados en consideración por el adherente y respecto de los cuales este tiene unas expectativas concretas a la hora de celebrar el contrato. Es claro que nos estamos refiriendo a los elementos esenciales o parte económica del contrato (por ejemplo, el riesgo cubierto). Como se sabe, estas cláusulas relativas a los *essentialia negotii* solo son válidas y vinculantes para el adherente cuando son conocidas por él en el momento de celebrar el contrato[66].

2.º. En cuanto a lo segundo, es el contexto que rodea la celebración del contrato el que determina cuáles son las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado dignas de protección frente a la modificación a través de cláusulas *camufladas* dentro del conjunto de condiciones generales: el tipo contractual según la regulación legal y la práctica aseguradora[67], el carácter duradero de la relación contractual entre los contratantes, la publicidad y otras

actividades de promoción de la contratación llevadas a cabo por el predisponente, el intercambio de correspondencia entre las partes y en general el propio íter precontractual[68, 69], etc.

> En esta dirección se manifiestan también los redactores de los Principios Unidroit en el «Comentario» al artículo 2.1.20 de los Principios. Se pone allí de manifiesto, en efecto —con referencia a las cláusulas sorprendentes por razón de su contenido—, que «[l]o sorpresivo o inesperado de una cláusula en particular incorporada a cláusulas estándar puede resultar, en primer lugar, del contenido mismo de dicha cláusula», añadiéndose a renglón seguido que «[e]ste sería el caso cuando una persona razonable de la misma condición que la parte adherente no hubiera podido esperar dicha estipulación dentro del tipo de cláusulas estándar de que se trate». Y lo anterior se completa con la indicación de que la determinación de si una estipulación es o no inusual exige tomar en consideración, por una parte, «las estipulaciones regularmente utilizadas dentro del sector comercial de que se trate» y, por otra, «las negociaciones individuales entabladas entre las partes». Con estos parámetros hay, en suma, que determinar si concurre o no el *elemento o factor sorpresa* que es inherente a este tipo de estipulaciones.

Por otra parte, se ha de notar que, según el artículo 430-3, apdo. 2.º, del Anteproyecto de Código Mercantil, las cláusulas sorprendentes son ineficaces a menos que el adherente las acepte expresamente. Y lo mismo dispone el artículo 2.1.20 de los Principios Unidroit. Naturalmente, a la vista de lo hasta aquí expuesto, habrá de entenderse que corresponde al predisponente probar que esta aceptación ha tenido lugar. Para ello no podrá solo alegar que cuenta con la firma del adherente junto a la cláusula sorprendente. Como hemos explicado con anterioridad, somos de la opinión de que dicha firma y, en general, la totalidad de las exigencias dimanantes del control de transparencia formal de carácter especial (especial resalto y aceptación específica y por escrito) no garantizan un conocimiento efectivo de la cláusula por parte del adherente, sino una *mera posibilidad de conocimiento*. El predisponente tendrá que valerse de alguno de los elementos del contexto contractual anteriormente aludidos que le permitan demostrar que en el momento de contratar el adherente conoció la cláusula en cuestión y la consintió (intercambio de documentación entre las partes a lo largo del íter precontractual, etc.). A través de dichos elementos habrá de probar, en suma, que al emitir su consentimiento el adherente tuvo un conocimiento real y completo de *cómo juega la estipulación en cuestión dentro de la economía del contrato*, utilizando algunos de los términos que emplea el Tribunal Supremo en su importante Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo[70].

> En una dirección similar a la indicada se expresa el Comentario al artículo 2.1.10 de los Principios Unidroit, cuando señala que «[e]l riesgo de que una parte sea tomada por sorpresa por ciertas estipulaciones no se presenta si estas han sido previamente aclaradas y discutidas con la otra parte. Tampoco existe dicho riesgo si, en el caso concreto, la parte que declaró dichas cláusulas llama la atención de la parte adherente acerca de cierto punto y esta lo acepta. Este artículo, por lo tanto, expresa que una parte no podrá valerse de lo *sorpresivo* de una estipulación cuando la ha aceptado expresamente».

Como apuntamos más arriba, la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 también contiene una formulación de la regla de las cláusulas sorprendentes. Esta figura en su artículo 1261.3, que decreta la no incorporación al contrato de las condiciones generales de la contratación que «resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado». Como se ve, esta formulación sí limita la regla de las cláusulas sorprendentes solo a aquellas que tienen un *contenido* insólito o inesperado[71]. En la formulación de esta regla cabe advertir una cierta similitud con la regla que en su momento formó parte del Proyecto y el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que disponía la no incorporación al contrato de las condiciones generales «que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia».

En suma, cabe concluir que con la introducción en el Anteproyecto de Código Mercantil y en la Propuesta de Modernización del Código Civil y de unas reglas como las transcritas, el legislador mercantil del siglo XXI sigue la senda abierta hace ya algún tiempo por otros legisladores en el Derecho comparado. Este es el caso, por ejemplo, del legislador alemán, como se deduce del parágrafo 305c (1) del *Bürgerliches Gesetzbuch* —procedente del parágrafo 3 de la *AGB-Gesetz*—, según el cual «las cláusulas en condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias, especialmente con la apariencia externa del contrato, son tan inusuales que la contraparte contractual del predisponente no debe contar con ellas, no devienen parte del contrato». Por otra parte, como hemos comprobado, sobre algunas de las propuestas de incorporación de la regla de las cláusulas sorprendentes a nuestro ordenamiento es notoria y palpable la influencia del Derecho Uniforme del Comercio Internacional, que no en vano se presenta en la actualidad —y desde hace ya algunas décadas— como el verdadero impulsor del Derecho de contratos contemporáneo (especialmente, la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías y los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales).

4. Lesividad de las cláusulas sorprendentes en los contratos de seguro: falta de consentimiento del asegurado

Lesivo es todo aquello que «causa o puede causar lesión, daño o perjuicio»[72]. Naturalmente, han de merecer la consideración de lesivas las cláusulas sorprendentes no superadoras del control de transparencia real que abordamos. Pero, en rigor, el concepto de lesividad que aquí manejamos no ha de identificarse con el de abusividad. La doctrina ha venido interpretando sin fisuras que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, al prohibir las cláusulas lesivas, instaura un verdadero mecanismo de control de contenido que se traduce en la interdicción de las cláusulas abusivas, con referencia a aquellas que no se ajustan a la buena fe y al justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes[73].

Ahora bien, como se desprende de lo hasta aquí expuesto, las cláusulas sorprendentes, en cuanto referidas a los elementos esenciales o parte económica del contrato, no pueden ser abusivas. Sin necesidad de entrar a valorar si producen o no un desequilibrio injustificado para el adherente —aunque es cierto que normalmente lo producen, en la medida en que comportan una alteración sorpresiva de la onerosidad o carga económica del contrato[74]—, la lesividad de dichas cláusulas deriva de que *no han sido consentidas* por él porque le ha sido hurtado su conocimiento efectivo por parte del adherente.

Desde esta perspectiva —que nos parece la correcta— el control de transparencia material que analizamos se presenta como una manifestación expresa de la *protección del consentimiento negocial* del tomador o asegurado. Se trata de proteger la *libertad de saber* del adherente. Esto es, de evitar que sea engañado mediante cláusulas relativas a extremos esenciales del contrato *camufladas* dentro del clausulado de condiciones generales y que no llegó a aceptar cuando emitió su consentimiento. Sencillamente, porque no pudo ni tan siquiera conocerlas. De ahí que posteriormente se sintiera sorprendido y defraudado en sus expectativas legítimas y razonables.

Por tanto, el *factor sorpresa* presente en estas cláusulas ha de conectarse necesariamente con la *protección del consentimiento negocial*. Si el predisponente hubiese informado al adherente convenientemente sobre la existencia de la cláusula en cuestión antes de la celebración del contrato, de tal forma que este hubiese tenido conocimiento efectivo de su existencia y de las consecuencias que de ella se derivan, la cláusula, en principio, sería lícita —pese a su efecto desnaturalizador del negocio—, pues merecería considerarse fruto de la autonomía de la voluntad de los sujetos contratantes[75]. Aunque quizá en ese caso el contrato no habría llegado a celebrarse, como apuntó con buen criterio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 28 de noviembre de 1995 sobre daños por lluvia más arriba comentada.

Las cláusulas sorprendentes plantean, pues, un problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado*. Al tratarse de cláusulas

relativas a los *essentialia negotii o* entramado económico del contrato, su presencia en un clausulado negocial de condiciones generales permite hablar de un *error esencial*, por afectar a aspectos o elementos de la relación negocial sobre los que descansa directamente la decisión de celebrar el contrato. Dicho error es, además, *excusable,* aun cuando el predisponente haya cumplido la totalidad de las exigencias que se derivan de los controles de transparencia formal (el general y el especial) instaurados por el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, ya que no puede reprocharse al adherente que no haya conocido de forma real y efectiva estas cláusulas aun habiendo tenido la posibilidad de conocerlas[76].

V. CONCLUSIONES

El análisis de los deberes de transparencia que el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro impone al predisponerte a fin de paliar los *déficits de contractualidad* inherentes a la técnica de las condiciones generales de la contratación ha permitido constatar la presencia en dicho precepto de tres controles de transparencia diversos. Con la finalidad de comprender mejor el modo en que se relacionan y articulan entre sí, y el alcance de cada uno de ellos, dichos controles podrían representarte gráficamente a través de *tres círculos concéntricos*. A continuación exponemos el contenido de cada uno de estos círculos y con ello fijamos las conclusiones principales a las que nos han conducido estas reflexiones:

• *Primera:* El *círculo más amplio* de todos se correspondería con el *control de transparencia formal de carácter general*, en cuanto que alcanza a todas las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. A todas ellas el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro les exige que cumplan tres requisitos: a) perceptibilidad y comprensibilidad; b) entrega al asegurado de un ejemplar o copia; y c) suscripción por ese mismo sujeto del documento en el que constan. Como hemos expuesto en las páginas precedentes, estas exigencias persiguen garantizar al adherente una *posibilidad de conocimiento* de las cláusulas predispuestas, pero no implican en modo alguno que tengan que ser efectivamente conocidas por él. Esta es la razón por la que consideramos que este control de transparencia es *formal* y no material.

• *Segunda:* El *círculo intermedio* se identificaría con el *control de transparencia formal de carácter especial*, calificado así, de especial, por no afectar a todas las condiciones del contrato sino solo a las limitativas de los derechos del asegurado. A estas singulares estipulaciones, en efecto, el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro les impone un plus de transparencia, pues además de cumplir las exigencias dimanantes del control de transparencia formal de carácter general, han de ser especialmente resaltadas en el contrato y aceptadas de forma específica y por escrito por el tomador o asegurado. Pero este mayor

grado de transparencia no implica que el adherente llegue a tener un conocimiento real y efectivo de estas cláusulas, sino tan solo una mera *posibilidad de conocimiento,* aunque cierto es que *aumentada* o *cualificada* en términos comparativos con la que se deriva del control de transparencia formal de carácter general. Por eso entendemos que este control de transparencia especial es también *formal* y no material.

• *Tercera:* Para saber si nos encontramos ante un *cláusula limitativa de los derechos del asegurado,* el intérprete tendría que formularse la siguiente pregunta: ¿podía esperar fundadamente un asegurado o tomador medio que el riesgo excluido por dicha cláusula iba a quedar cubierto por el contrato a la vista del tipo concreto de contrato celebrado según resulta principalmente de la ley que lo regula, de la práctica aseguradora y de las negociaciones que precedieron a su celebración? Obviamente, si la respuesta fuese afirmativa, la cláusula merecería considerarse limitativa de los derechos del asegurado, en la medida en que supondría un recorte manifiesto de las expectativas legítimas y razonables del adherente. En caso contrario, estaríamos ante una cláusula meramente delimitadora del riesgo cubierto por el contrato. En la noción de cláusula limitativa posee, por tanto, gran relevancia la idea de *conferir protección a las expectativas legítimas y razonables del adherente,* siempre naturalmente que se trate de expectativas fundadas en la regulación legal, en la práctica usual y en el contexto en el que se celebra la operación.

• *Cuarta:* Por otra parte, dentro de la noción de cláusula limitativa tienen cabida dos tipos distintos de cláusulas: las que *reducen o limitan los derechos del asegurado o tomador en relación con los elementos esenciales o la parte económica del contrato* (como el riesgo) y las que limitan o reducen derechos del tomador o asegurado resultantes de la ley o del contrato y no relativos a los mencionados elementos esenciales o entramado económico del negocio. Mientras que el primer grupo de cláusulas no puede ser sometido a control de contenido —ya que los elementos esenciales del contrato han de quedar al margen de dicho control— el segundo, en cambio, sí lo está.

• *Quinta:* Ahora bien, lo anterior no implica que las cláusulas integrantes del primero de los grupos aludidos (esto es, las limitativas relativas a los elementos esenciales o parte económica del contrato) no puedan declararse lesivas para el asegurado. Merecerán esta consideración —*ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro— cuando, pese a superar los controles de transparencia formal —el general y el especial—, no superen el *control de transparencia material prohibitivo de las cláusulas sorprendentes*. En la representación gráfica de los controles que aquí proponemos a través de tres círculos concéntricos, este último control se correspondería naturalmente con el *círculo más pequeño*.

• *Sexta:* En rigor, dentro del primer grupo de cláusulas limitativas al que nos referimos —esto es, las relativas a los elementos esenciales del contrato— cabe distinguir dos subgrupos de estipulaciones: a) las que limitan los derechos del

asegurado (especialmente el riesgo cubierto) de forma no especialmente intensa y desproporcionada, y b) las que producen ese efecto pero de una manera *desproporcionada*, hasta el extremo de *desnaturalizar el contrato en abierto contraste con las expectativas legítimas y razonables del tomador o asegurado*. Pues bien, la categoría de las *cláusulas sorprendentes* —también llamadas *sorpresivas, insólitas o inesperadas*— alude a las estipulaciones integrantes del segundo subgrupo. Como es natural, habrá de ser el intérprete —normalmente el juez o árbitro— quien en cada caso realice la valoración encaminada a dilucidar si la cláusula enjuiciada produce o no el efecto de desnaturalizar el contrato en el sentido indicado.

• *Séptima:* Estas cláusulas sorprendentes solo vinculan al adherente si el predisponente puede probar que cuando aquel celebró el contrato las conoció de forma real y efectiva. En caso contrario, se tratará de cláusulas lesivas. Sin necesidad de entrar a valorar si producen o no un desequilibrio injustificado para el adherente —aunque normalmente lo producen, al comportar una alteración sorpresiva de la carga económica del contrato—, la lesividad de estas estipulaciones deriva de *no haber sido consentidas* por el tomador o asegurado. Razón por la cual cabe concluir que las cláusulas sorprendentes plantean un problema de *falta de consentimiento* o, si se prefiere, de *consentimiento viciado por error*.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALFARO-ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, Madrid, 1991.

— Delimitación del riesgo cubierto en un contrato de seguro, disponible en http://almacendederecho.org

BALLESTEROS GARRIDO, J.A., Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 256, 2005, disponible en http://www.abogadodelconsumidor.com /Delimitacion.pdf

CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Cátedra Garrigues-Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006.

— Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas —un resumen crítico—, disponible en http://www.elnotario.es

— Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios, disponible en http://almacen dederecho.org

— El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE de 3 de junio de 2010 (*Caja Madrid*) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 6, 2013*.

CAÑIZARES LASO, A., Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre de 2015, disponible en http://nreg.es/ojs/index.php/RDC

CARRASCO PEREA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, C., La STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre las «cláusulas suelo» es inconstitucional, en *Diario La Ley,* núm. 8159, 30 de septiembre de 2013.

CASADO NAVARRO, A., El control de transparencia como *llave* del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, febrero de 2015.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas,* Ed. Bosch, Barcelona 2008.

FONT RIBAS, A., Estudi introductori. Exclusió de cobertura i clàusules limitadores, en AA.VV. (dir. A. Hernández Moreno) *Contrato de seguro: exclusion de cobertura y cláusulas limitativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitacion del objeto y la limitacion de derechos en el contrato de seguro*, CEDECS, Barcelona, 1998 (disponible en http://www.ub.es/mercanti/ASS.pdf).

GEMENO MARÍN, J.R., Condiciones generales y contrato de seguro, en *Revista Española de Seguros*, núm. 117, 2004.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 24, 1990.

GUISASOLA PAREDES, A., *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, EDERSA, Madrid, 2000.

— Cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto. Las cláusulas de limitación temporal de la cobertura en el seguro de responsabilidad civil, en *Cuadernos de la Fundación Mapfre*, núm. 36, 1997, disponible en https://www.Fundación mapfre.org/documentacion/publico /i18n/catalogoimagenes /grupo.cmd?path=1050425).

ILLESCAS ORTIZ, R., Principios fundamentales del contrato de seguro, en *Revista Española de Seguros*, núm. 157, 2014.

ISERN SALVAT, M. R., Las condiciones generales del contrato de seguro, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 292, 2014.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 133, 2014.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., Comentario al artículo 82 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Ed. Colex, Madrid, 2011.

MIRANDA SERRANO, L.M., La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios, en AA.VV. (dir. Miranda Serrano), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015.

MIRANDA SERRANO, L.M. y PAGADOR LÓPEZ, J., La regulación de las condiciones generales del contrato de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil, en *Revista Española de Seguros*, núm. 163-164, 2015.

— Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40, 2016.

— Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predispuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia, disponible en http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=89

MIRANDA SERRANO, L.M. y SERRANO CAÑAS, J.M., Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución,* núm. 18, 2016.

MUÑOZ PAREDES, M.L., El contrato de seguro en la propuesta de Código Mercantil, en *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013.

MUÑOZ PÉREZ, A.F., Las condiciones generales del contrato de seguro en el futuro Código Mercantil, en AA.VV. (dir. Perales Viscasillas, P., Morillas Jarillo, M.J. y Porfirio Carpio, L.), *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas,* Marcial Pons, Madrid, 1999.

— Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. (En torno a los conceptos de «cláusula limitativa de los derechos del asegurado», «cláusula de carácter lesivo para el asegurado» y «cláusula de delimitación del riesgo objeto de cobertura»), en *Revista Española de Seguros*, núm. 87, 1996.

— De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato, en *Derecho de los Negocios*, núm. 268, 2013.

— Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas, en AA.VV. (dirs. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Ed. Iustel, Madrid, 2001.

PLAZA PENADÉS, J., Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Diario La Ley,* núm. 8097, 4 de junio de 2013.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro, en *Revista Española de Seguros*, núm 123-124, 2005.

— *Las cláusulas abusivas por un defecto de Transparencia*, Cizur Menor, 2004.

— Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, en *InDret,* 3/2013.

— Comentario al artículo 80 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Ed. Colex, Madrid, 2011.

PÉREZ ESCOLAR, M., Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en Anuario de Derecho Civil, t. LXVIII, 2015.

PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., *La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Comares, Granada, 2003.

SANDOVAL SHAIK, D., *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional,* Madrid, 2013, tesis doctoral disponible en http://eprints.ucm.es/23731/1/T34977.pdf

SÁNCHEZ GARCÍA, J.M., El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo, en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 4, 2014.

SÁNCHEZ MARTÍN, C., El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria, en *Diario La Ley,* núm. 8092, 28 de mayo de 2013.

TAPIA HERMIDA, A.J., «Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro», en *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013.

VEIGA COPO, A. B., *Condiciones en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2.ª edición, 2008.

NOTAS

[1] La norma general de nuestro ordenamiento en esta materia es el artículo 60 TRDCU, intitulado «Información previa al contrato». Existen, además, como se sabe, otros muchos deberes de información precontractuales tipificados en normas sectoriales protectoras de los consumidores, que no son sino concreciones legislativas expresas del principio de la buena fe objetiva de los artículos 1258 Código Civil y 57 Código de Comercio: *v*. al respecto las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO, «La protección del consumidor como ariete de la reforma del viejo Derecho privado; en especial, en la fase previa a la contratación de bienes y servicios», en AA.VV. (dir. Miranda Serrano), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio*, Ed. Iustel, Madrid, 2015, pp. 37 y sigs.

[2] Así, entre otros, *v*. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, en *InDret,* 3/2013, pp. 13 y sigs. Según el Tribunal Supremo, este control de transparencia solo es aplicable a los contratos de consumo, no a los celebrados entre empresarios o profesionales. En efecto, tras algún titubeo inicial acerca de si el control de transparencia es un control de incorporación reforzado o pertenece, en cambio, al control de abusividad (STS de 9 de mayo de 2014), el Alto Tribunal termina refrendando la segunda solución, al sostener que una cláusula que no supera el control de transparencia es directamente abusiva *(*SSTS de 24 de marzo de 2015, 23 de diciembre de 2015 y 3 de junio de 2016). Según sus palabras, es la «aproximación entre transparencia y abusividad» lo que «impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor», pues la legislación española ha optado deliberadamente por no someter a control de abusividad las cláusulas predispuestas insertas en contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales (STS de 13 de junio de 2016 y STS de 3 de junio de 2016). Se trata, no obstante, de una cuestión no del todo cerrada, como lo prueba la presencia en esta jurisprudencia de algún voto particular favorable a entender que el control de transparencia ha de reconducirse al control de incorporación y, por tanto, aplicarse también a los contratos celebrados entre empresarios y/o profesionales *(v*., *ad ex.,* el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO a la STS de 3 de junio de 2016). Además, esta es también la opinión de un cualificado sector doctrinal: *v*. *ad ex.,* CÁMARA LAPUENTE, Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas —un resumen crítico—, disponible en http://www.elnotario.es; ÍDEM, Control de cláusulas predispuestas en contratos entre empresarios, disponible en http://almacen dederecho.org.

[3] *V*. *Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, disponible en http://dle.rae.es

[4] *V*. TAPIA HERMIDA, Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de Contrato de Seguro, en *Revista Española de Seguros* (en adelante, *RES)*, núm. 155, 2013, pp. 313 y sigs. La mejor doctrina incluye entre los principios fundamentales del contrato de seguro el de «tutela del contratante débil»: *v*. ILLESCAS ORTIZ, Principios fundamentales del Contrato de Seguro, en *RES*, núm. 157, 2014, pp. 15 y sigs. Y lo mismo hace el Tribunal Supremo: *v*., *ad ex*, la STS de 9 de junio de 2012.

[5] *V*. MIQUEL GONZÁLEZ, Comentario al artículo 82 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Ed. Colex, Madrid,

2011, p. 726, quien añade que «la transparencia es fundamental para garantizar las elecciones de los consumidores en aquello cuya determinación se confía al mercado y a la competencia», con clara referencia a los elementos esenciales del contrato: precio y prestación. También en esta dirección, siguiendo muy de cerca a MIQUEL, *v*. recientemente, *ad ex*., CAÑIZARES LASO, Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio-septiembre de 2015, pp. 74 y sigs., disponible en http://nreg.es/ojs/index.php/RDC

[6] *V. infra*, epígrafe IV.4.

[7] En el empleo de esta terminología (*controles de transparencia formal y control de transparencia material*) seguimos al Tribunal Supremo que en su muy conocida y comentada Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo empezó a contemplar el control de transparencia desde una doble perspectiva: la *transparencia formal* o *control de inclusión o incorporación*, por un lado, y la *transparencia material* o *control de transparencia* propiamente dicho, por otro. Sobre esta Resolución existe una amplia bibliografía; sin pretensión de exhaustividad, *v*. al respecto, junto al estudio de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ ya citado: CÁMARA LAPUENTE, El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 de junio de 2010 (*Caja Madrid*) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo,* núm. 6, 2013; CARRASCO PEREA y GONZÁLEZ CARRASCO, La STS de 241/2013, de 9 de mayo, sobre las cláusulas suelo es inconstitucional, en *Diario La Ley,* núm. 8159, 30 de septiembre de 2013; MARTÍNEZ ESCRIBANO, El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (en lo sucesivo, *RDBB*), núm. 133, 2014; PLAZA PENADÉS, Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, en *Diario La Ley*, núm. 8097, 4 de junio de 2013*;* SÁNCHEZ GARCÍA, El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo, en *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 4, 2014; SÁNCHEZ MARTÍN, El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. Su aplicación en la STS de 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas suelo en préstamos con garantía hipotecaria, en *Diario La Ley,* núm, 8092, 28 de mayo de 2013; CASADO NAVARRO, El control de transparencia como *llave* del control de contenido de las cláusulas contractuales predispuestas, en *La Ley Mercantil*, núm. 11, febrero de 2015.

[8] Hay que recordar, en efecto, que, de conformidad con una línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJU [Sala Primera] de 14 de junio de 2012 [asunto C-618/10; Banco Español de Crédito, S.A. contra Joaquín Calderón Camino], de 30 de mayo de 2013 [asunto C-397/11; Erika Jőrös contra Aegon Magyarország Hitel Zrt.] y de 30 de mayo de 2013 [asunto C-488/11; Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito contra Jahani BV]), no es conforme con la Directiva sobre cláusulas abusivas una norma interna que disponga que una vez declarada la ineficacia de una o varias cláusulas por abusivas, el juez deberá integrar el contrato y determinar la norma aplicable. Por esa razón fue modificado el TRDCU mediante la Ley 3/2014, que dio nueva redacción a su artículo 83 («Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato»*)*. Desde ese momento este precepto dispone que «[l]as cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas». La nueva redacción legal persigue el objetivo de excluir la integración judicial de las lagunas aparecidas en el contrato como consecuencia de la invalidez de las cláusulas abusivas. A nuestro juicio, la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en relación con este asunto es desacertada y peligrosa, como hemos tenido oportunidad de desarrollar en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Integración contractual de condiciones generales y cláusulas predispuestas abusivas: el Tribunal de Justicia de la UE ha debido ser más claro en esta materia, disponible en http://www. ccopyme.org/articulo.php?a=89, lugar al que aquí nos remitimos.

[9] *V. infra*, epígrafes III y IV.

[10] Aunque el legislador se refiere al *asegurado*, se ha de tener en cuenta que en el contrato de seguro no siempre coincide el asegurado con quien celebra el contrato y asume los derechos y obligaciones derivados de él, es decir, el tomador. De ahí que haya de entenderse que el término asegurado *ex* artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS) sirve para aludir tanto al tomador como al asegurado, cuando ambas circunstancias no concurran en un mismo sujeto. Por otra parte, el significado de las nociones a través de las cuales se acota el ámbito de aplicación de la norma, esto es, *condiciones generales*, por un lado, y *condiciones generales y particulares* así como *cláusulas limitativas,* por otro, ha de obtenerse a través del recurso a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y al Texto Refundido de Consumidores (en lo sucesivo, TRDCU), dada la indefinición que en esta materia presenta la LCS (en esta dirección nos pronunciamos ya en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y particulares del contrato de seguro: claves de su régimen legal y propuestas de modernización, en *Revista de Derecho Patrimonial* [en adelante, *RDPat.*], núm. 40, 2016, p. 35).

[11] Que a través de este control se trata *de posibilitar al adherente el conocimiento* del contenido contractual es asunto en el que suele coincidir la mejor doctrina. Así se desprende, por ejemplo, de la definición de control de inclusión que proporciona CLAVERÍA GOSÁLBEZ: «conjunto de medidas impuestas por la ley, *encaminadas a posibilitar y facilitar el conocimiento*, por el adherente, de la existencia, el contenido *y* el alcance de las cláusulas predispuestas *y* no negociadas»: *v*. *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas,* Ed. Bosch*,* Barcelona 2008, p. 36 (la cursiva es nuestra). Muy atinadas nos parecen también, en esta dirección, las consideraciones que realiza PAGADOR LÓPEZ, quien afirma que la función del control de inclusión o incorporación estriba en «preservar el último reducto de *contractualidad* respecto de las condiciones generales, garantizando que en el momento de la celebración del contrato el adherente, al menos, *conozca de forma efectiva su existencia y pueda conocer su contenido de regulación material,* bien entendido que ello, sin embargo, no convierte a la declaración negocial de adhesión o aceptación de las condiciones generales en un genuino consentimiento negocial»: *v*. Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas, en AA.VV. (dirs. Rebollo Puig e Izquierdo Carrasco), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del TRDCU*, Ed. Iustel, Madrid, 2001, pp. 1349 y 1350 (nota 96). En idéntico sentido *v*. también, entre otros muchos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Comentario al artículo 80 TRDCU, en AA.VV. (dir. Cámara Lapuente), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores,* Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 697: «La eficacia de estos requisitos formales en el atajo del desequilibrio propio de la contratación predispuesta en los contratos con consumidores es bastante relativa. Su única virtualidad es la de permitir que el consumidor sepa que el contrato estará disciplinado por cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario, y la de atribuirle una *mera posibilidad de conocimiento* del contenido de las mismas, mediante su puesta a disposición con carácter previo a la celebración del contrato (…). *En modo alguno el cumplimiento de estos requisitos garantiza el consentimiento pleno del consumidor* del contenido de las cláusulas predispuestas unilateralmente por el empresario» (la cursiva es nuestra).

[12] Así lo pusimos de relieve en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y particulares…, *cit.,* p. 37. Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que, según la disposición adicional 1.ª de la LCS, siempre que la propia LCS exija que el contrato de seguro o cualquier otra información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá cumplido si el contrato o la información se contienen en papel u otro soporte duradero que permita guardar, recuperar fácilmente y reproducir sin cambios el contrato o la información; previsión que se corresponde con la de carácter más general que formula el artículo 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, conforme al cual, «[s]iempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en un soporte electrónico».

[13] Sobre las novedades que en relación con él se introducen en el malogrado Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, muy influenciado por los Anteproyectos de la LCS publicados en 2010 y 2011, *v*. las consideraciones que realizamos en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, La regulación de las condiciones generales del contrato de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil, en *RES*, núm. 163-164, 2015, pp. 331 y sigs., y más tarde en ÍDEM, Condiciones generales y particulares, *cit.,* pp. 46 y sigs.

[14] La STS de 3 de junio de 2016, por citar alguna de las más recientes, menciona como formas de especial resalto la utilización de «otro tipo de letra, mayor tamaño de la misma, subrayado o procedimiento similar» (*sic)*. En el caso enjuiciado por esta Resolución, el Alto Tribunal declaró existencia de infracción del artículo 3 LCS por tratarse de una cláusula limitativa que, aunque aceptada por el tomador a través de su firma, sin embargo, no aparecía destacada en la póliza.

[15] *V*., *ad ex*, los autores (SÁNCHEZ CALERO, ILLESCAS ORTIZ, EMBID IRUJO) que recientemente cita ISERN en Las condiciones generales del contrato de seguro, en *Revista de Derecho Mercantil* (en lo sucesivo, *RDM)*, núm. 292, 2014, pp. 467 y 468.

[16] Que ha manifestado su opinión favorable a entender que la constancia gráfica de las cláusulas limitativas debe hacerse de forma que resalten sobre el modo común de redactar la póliza «bien porque se emplea una tipografía especial que llame la atención, bien porque se recojan en apartados especiales que las destaquen sobre la expresión general de la póliza».

[17] Podría resultar dudoso si en los casos en que la condición de tomador y la de asegurado no concurren en la misma persona, esa exigencia legal ha de cumplirse respecto del tomador, respecto del asegurado o respecto de ambos. La cuestión se planteó en el asunto resuelto por la STS de 17 de noviembre de 2015, la cual ha declarado que «en los seguros individuales es el tomador el que debe suscribir la póliza aceptando, en su caso, las condiciones limitativas, de ahí que las condiciones contractuales convenidas por el tomador se extienden al asegurado que no es necesario que se adhiera» (Fundamento de Derecho 4.º).

[18] *V*. ILLESCAS ORTIZ, El lenguaje de las pólizas de seguro, en AA.VV. (dir. VERDERA Y TUELLS), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Madrid, 1982, p. 364; PAGADOR LÓPEZ, Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro. (En torno a los conceptos de «cláusula limitativa de los derechos del asegurado», «cláusula de carácter lesivo para el asegurado» y «cláusula de delimitación del riesgo objeto de cobertura»), en *RES*, núm. 87, 1996, p. 124; entre otros.

[19] *Ibídem*.

[20] En palabras de EMBID IRUJO, Comentario al artículo 3…, *cit.,* p. 14, es también posible «como, al parecer, sucede en la práctica, que dicho conjunto de cláusulas limitativas se agrupe en un formulario específico al pie del cual se consigne una sola firma del asegurado».

[21] Pues no son pocos los autores que entienden que las cláusulas limitativas son válidas (y, por ende, efectivamente conocidas por el adherente) siempre que cumplan las exigencias legales de especial resalto y aceptación específica por escrito.

[22] No obstante, un sector doctrinal pone de manifiesto que, aunque para hablar de conocimiento efectivo no basta con el cumplimiento de los clásicos requisitos de inclusión, pues estos solo garantizan una posibilidad de conocimiento, sí puede bastar, sin embargo, con «*una posibilidad de conocimiento cualificada* (*qualifizierte Kenntnisnahmemöglich keit*), en función de la importancia objetiva de la cláusula y de su relevancia en cuanto a la decisión de contratar del cliente»: *v*. PAGADOR LÓPEZ, Título II. Condiciones generales…, *cit.,* p. 1370.

[23] De cara al futuro, en las nuevas tendencias que en relación con esta materia se vislumbran en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014 se aprecian algunas diferencias importantes: mientras que el artículo 3 LCS exige —como acabamos de ver— aceptación específica y por escrito de las cláusulas a las que nos referimos, el Anteproyecto, en cambio, se limita a requerir genéricamente que sean aceptadas por el tomador. No se exige, pues, al menos de forma expresa, ni que la aceptación sea específica, es decir, exclusivamente referida a la cláusula o cláusulas limitativas, ni que tenga lugar por escrito, esto es, mediante la estampación manuscrita de la firma del tomador. De este asunto y de algún cambio más —de

cierta relevancia— incluido en el Anteproyecto en relación con este control de transparencia formal de carácter especial nos hemos ocupado en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, La regulación de las condiciones…, *cit.,* pp. 344 y sigs.; ÍDEM, Condiciones generales y particulares…, *cit.,* pp. 57 y sigs.

[24] Pese a ello, no cabe dudar de que merecen dicha consideración las cláusulas que excluyen la responsabilidad del asegurador en los casos de conducción de vehículos en estado de embriaguez o bajo los efectos de drogas o estupefacientes, las de exclusión de determinadas personas como perjudicadas en algunos seguros de responsabilidad civil, las que excluyen la responsabilidad del asegurador en caso de que el siniestro se deba a imprudencia del asegurado, o las denominadas *cláusulas claims made* en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, entre otras. La jurisprudencia relativa a este tipo de cláusulas es muy abundante. También la doctrina que la analiza. Junto a los autores que aparecen citados *infra*, en las notas siguientes, *v.* también al respecto, entre otros, VEIGA COPO, *Condiciones en el contrato de seguro*, Comares, Granada, 2.ª edición, 2008.

[25] Un punto de inflexión dentro de ella lo marca la STS de 11 de septiembre de 2006 (del Pleno), que ha pasado a ser reiteradamente citada —prácticamente como una cláusula de estilo— cada vez que se discute acerca del modo en que ha de ser interpretado el artículo 3.1 LCS. Sobre esta jurisprudencia *v.* la recopilación que realiza LATORRE CHINER en AA.VV. (coords. Bataller Grau, Boquera Matarredona y Olavarría Iglesia), *El contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 2013, pp. 53 y sigs. También al respecto, entre otros: GUISASOLA PAREDES, *Cláusulas limitativas de derechos y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro*, EDERSA, Madrid, 2000; PAGADOR LÓPEZ, Régimen jurídico…, *cit., passim;* FONT RIBAS, Estudi introductori. Exclusió de cobertura i clàusules limitadores, en AA.VV. (dir. A. Hernández Moreno) *Contrato de seguro: exclusion de cobertura y cláusulas limitativas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitacion del objeto y la limitacion de derechos en el contrato de seguro*, CEDECS, Barcelona, 1998 (disponible en http:// www.ub.es/mercanti/ASS.pdf.); PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Cláusulas delimitadoras del riesgo, cláusulas limitativas y transparencia en el contrato de seguro, en *RES*, núm. 123-124, 2005; TAPIA HERMIDA, Condiciones generales, cláusulas limitativas…, *cit.*; GEMENO MARÍN, Condiciones generales y contrato de seguro, en *RES*, núm. 117, 2004.

[26] *V.* una exposición de las principales soluciones mantenidas por la doctrina sobre este asunto en SANDOVAL SHAIK, *Las condiciones generales del contrato de seguro y su control interno e internacional*, Madrid, 2013, pp. 342 y sigs. (tesis doctoral disponible en http://eprints.ucm.es/23731/1/T34977.pdf). Como exponemos y desarrollamos con mayor detenimiento en otro lugar (*v.* MIRANDA y PAGADOR, Condiciones generales y particulares…, *cit.,* pp. 39 y sigs.) un sector doctrinal ha expresado su opinión contraria a la elaboración por la doctrina de la categoría de las cláusulas de delimitación del riesgo, toda vez —se alega— que el artículo 3 LCS no emplea esta expresión ni se refiere a ellas de forma expresa (v. BALLESTEROS GARRIDO, Cláusulas lesivas, limitativas y delimitadoras del riesgo en el contrato de seguro. Jurisprudencia y expectativas razonables del asegurado, en *RDM*, núm. 256, 2005, pp. 502 y sigs.; disponible también en http:// www.abogadodel consumidor.com/Delimitacion.pdf —lugar al que van referidas nuestras citas— pp. 6 y sigs., 24 y sigs., y 57 y sigs.). A su juicio, la distinción entre cláusulas limitativas y cláusulas de delimitación del riesgo es artificiosa y responde únicamente a la finalidad de sustraer las segundas a las especiales exigencias a que la LCS somete las primeras (*v.* este sentido, BALLESTEROS GARRIDO, últ. *cit.,* y en una dirección muy similar PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Cláusulas delimitadoras del riesgo…, cit,, *pássim).* Ahora bien, esta crítica parte de la base de que la distinción asumida entre cláusulas limitativas y de delimitación del riesgo hace de ellas dos categorías excluyentes: si una cláusula es limitativa no podrá ser delimitativa, y, a la inversa. Planteada en estos términos la distinción, la crítica debe ser compartida. Pero no es así. Buena parte de la doctrina criticada sostiene que algunas cláusulas delimitativas pueden recibir la consideración legal de cláusulas limitativas. Y sin que ello suponga desvirtuar la distinción.

[27] *V.*, *ad ex.,* las consideraciones que en esta dirección realiza FONT RIBAS, Estudi…, *cit.,* pp. 5 y sigs., quien subraya, entre otras cosas, que «el riesgo ocupa una posición central y esencial en la definición legal del contrato», a lo que añade que. «sea cual sea la posición que se mantenga lo que sí es cierto es que sin riesgo no hay seguro» (p. 19).

[28] La cursiva es nuestra.

[29] *Ibídem*.

[30] En la doctrina civilista GONZÁLEZ PACANOWSKA pronto se hizo eco de estas expectativas, al apuntar que un sector de la doctrina alemana (en concreto, cita a WEYERS) admite que el asegurador ha de definir el tipo de riesgo que desea cubrir, pero que en los detalles y particularidades es factible que se active el control judicial —pese a ser el riesgo elemento esencial del contrato—; «en particular —añadía esta autora—, para ver si la descripción general del tipo de seguro, lo que se hubiera publicitado, etc., se corresponde en sus detalles con el ámbito de protección que puede *razonablemente esperarse*» (la cursiva es nuestra): *v*. Contrato de seguro: condiciones generales; delimitación del riesgo, necesidad de específica aceptación por escrito; imprudencia grave y dolo, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil (CCJC)*, núm. 24, 1990, p. 1209. Pero fue sobre todo PAGADOR LÓPEZ, en la doctrina mercantilista, quien más tempranamente desarrolló esta relevante idea de las expectativas legítimas y razonables, clave para interpretar cabalmente el alcance del artículo 3.1 LCS: *v*. las muy atinadas e interesantes consideraciones acerca de la interpretación del artículo 3 LCS que realiza en Régimen jurídico…, *cit.,* pp. 107 y sigs. En palabras más recientes de este último autor, son cláusulas limitativas las que al delimitar el riesgo «excluyen siniestros que de ordinario o usualmente quedan comprendidos dentro del mismo»; añadiendo seguidamente que «al objeto de verificar si sucede esto último, ha de tomarse en consideración las circunstancias concretamente concurrentes y, en particular, cuál sea la modalidad de contrato de seguro de que se trata y cuáles los riesgos habitual o típicamente comprendidos en su ámbito de cobertura»: *v*. Título II. Condiciones generales…, *cit.,* pp. 1326 y 1327.

[31] Entre nosotros, PAGADOR LÓPEZ alude a este principio (*ex* art. 61 TRDCU) como indicio normativo a favor de sostener que la regla de las cláusulas sorprendentes tiene acogida en nuestro TRDCU. En su opinión —que compartimos—, la ineficacia de las condiciones generales que defraudan las expectativas legítimas y razonables de los adherentes basadas en la publicidad se explica desde un punto de vista técnico «por razón de su carácter sorprendente»: *v*. «Título II. Condiciones generales…», *cit.,* p. 1367.

[32] Como exponemos y desarrollamos en MIRANDA SERRANO y SERRANO CAÑAS, Relevancia negocial de la publicidad en los contratos entre empresarios o profesionales. Alegato a favor de la integración publicitaria del contrato más allá de las relaciones de consumo, en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* (en lo sucesivo, *RDCD),* núm. 18, 2016, pp. 2 y sigs., las principales reglas que explican el alcance de este principio son básicamente las siguientes: *1.ª)* El contenido del contrato prevalece sobre el contenido de la publicidad únicamente cuando se trate de cláusulas especialmente negociadas por las partes; circunstancia que habrá de ser probada en cada caso por el sujeto que ocupe la posición de proponente u oferente del bien o servicio de que se trate. *2.ª)* La publicidad prevalece sobre el contenido contractual cuando las cláusulas negociales han sido elaboradas por el proponente a través de la técnica de las condiciones generales de la contratación. *3.ª)* Sin embargo, la regla anterior decae y, por tanto, prevalece el contrato sobre la publicidad, cuando las cláusulas negociales, pese a ser resultado de la técnica de las condiciones generales de la contratación, se refieren a los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), ya que en dichos supuestos las diferencias entre publicidad y contrato son usualmente advertidas por los clientes en el momento de contratar. *4.ª)* Como excepción a la regla precedente, el contenido de la publicidad prevalece sobre las cláusulas negociales relativas a los elementos esenciales en contratos celebrados a través de condiciones generales en los casos en que dichas cláusulas merezcan la consideración de *sorprendentes*, esto es, hayan sido incluidas de forma oscura y no transparente dentro del entramado de condiciones generales de la contratación.

[33] En concreto, el artículo 4.2 de la póliza del contrato excluía «las pérdidas, daños y gastos que fueran causados por o a consecuencia de: caída de bultos en las operaciones de carga y descarga».

[34] Artículo 58 LCS: «Salvo pacto expreso en contrario, se entenderá que la cobertura del seguro comienza desde que se entregan las mercancías al porteador para su transporte en el punto de partida del viaje asegurado, y terminará cuando se entreguen al destinatario en el punto de destino, siempre que la entrega se realice dentro del plazo previsto en la póliza. No obstante, cuando se pacte expresamente, el seguro puede extenderse a los riesgos que afecten a las mercancías desde que salen del almacén o domicilio del cargador para su entrega al transportista hasta que entran para su entrega en el domicilio o almacén del destinatario».

[35] *V. supra*, nota precedente.

[36] La cursiva es nuestra.

[37] *V. infra*, epígrafe IV.

[38] Señala, *ad ex.*, PÉREZ SERRABONA que existe consenso en nuestra comunidad jurídica en entender que es cláusula limitativa toda aquella que de algún modo, de forma tanto directa como indirecta, limita derechos de los asegurados, ya sea cercenando los que les reconoce la ley o el contrato, ya sea imponiéndole nuevas obligaciones: *v. La póliza y la documentación del contrato de seguro*, Ed. Comares, Granada, 2003, pp. 91 y sigs.

[39] *V.* también en idénticos términos la STS de 19 de julio de 2016.

[40] Así lo apuntan*, ad ex.,* PAGADOR LÓPEZ, Régimen jurídico…, *cit.,* p. 102, y FONT RIBAS, Estudi…, *cit.,* p. 12. También lo pusimos de manifiesto ya en MIRANDA SERRANO y PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales…, *cit.,* pp. 19 y sigs.

[41] *V.* en esta dirección*, ad ex.,* FONT RIBAS, Estudi…, *cit.,* pp. 5 y sigs., quien, entre otras cosas, pone de manifiesto que «es obvio que nunca podrán considerarse tampoco lesivas las condiciones que regulen aspectos esenciales del contrato, es decir, los presupuestos básicos sobre los que recae el consentimiento (*Hauptbedingungen*), entre las cuales hay que incluir, necesariamente, las cláusulas que delimitan el riesgo que va a ser objeto de la cobertura».

[42] Sin embargo, la situación legal española es un tanto peculiar: de ordinario se esgrime el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas como fundamento en que se sustenta la sustracción a control de contenido de la relación entre precio y prestación, y, sin embargo, al incorporar esta Directiva a nuestro ordenamiento interno, desapareció la previsión del Proyecto de Ley que recogía la correspondiente norma, en lo que se interpreta como un *error negligente* del legislador (*v.* CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Pamplona, 2006, sobre todo, pp. 61 y sigs.). Se plantea, por eso, el problema de si ha de estimarse que la deliberada decisión de no incluir el tenor del artículo 4.2 de la Directiva en el articulado de la LGDCU —y, por tanto, del TRDCU— supone que en el Derecho español, contra el principio sentado por aquel precepto, las cláusulas reguladoras de los *essentalia negotii* sí pueden ser sometidas a control de contenido. La doctrina más atenta (entre otros, los profesores MIQUEL RODRÍGUEZ, ALFARO ÁGUILA-REAL, CÁMARA LAPUENTE y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ) se ha opuesto a esta interpretación, con argumentos que deben ser compartidos (*v.* al respecto PAGADOR LÓPEZ, De nuevo sobre las cláusulas predispuestas relativas a la parte económica del contrato, en *Derecho de los Negocios* —en adelante, *DN*—, núm. 268, 2013, pp. 7 y sigs. y doctrina allí citada). Por tanto, la falta de reproducción del artículo 4.2 de la Directiva en el TRDCU no permite la práctica de un control heterónomo de precios, y ello por dos razones: 1.ª) porque es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), además de muy difícilmente practicable (¿cuál sería el criterio o parámetro de referencia para juzgar acerca del carácter abusivo de un precio?) y 2.ª) porque es dudosa su licitud en el sistema económico constitucional español, en el que la fijación de los precios se confía, como regla general, al mercado, lo que puede ser excepcionado mediante ley, pero no de forma general o indiscriminada (art. 38 CE). Ahora bien esta opinión no es unánime. En el ámbito del contrato de seguro destaca entre los defensores de la interpretación contraria BALLESTEROS GARRIDO, Cláusulas lesivas…, *cit.,* pp. 7 a 15. A su juicio, la extensión del control de contenido a la relación calidad-precio

constituye una opción consciente del legislador español, que, si pudo ser debida inicialmente a error, ha podido ser corregida después, sin que hasta el momento lo haya sido. Añade a lo anterior este autor que no se trata de una opción insólita desde el punto de vista del Derecho comparado, y parece concluir que dicho control será posible siempre que no lo lleve a cabo el mercado, especialmente cuando el profesional predisponente no esté dispuesto a negociar con el consumidor los elementos esenciales del contrato (pero no aclara qué debe entenderse a este efecto por *negociación*, aunque parece identificarla con el mero *regateo*). Lo anterior le conduce a afirmar (p. 11) que, en el caso del contrato de seguro, «en primer lugar, habrá que comprobar que realmente se han tomado en cuenta los costes actuariales para fijar la prima, calculando un beneficio empresarial razonable». No compartimos la opinión de BALLESTEROS GARRIDO. Además de que la falta de introducción del artículo 4.2 de la Directiva fue, como se admite mayoritariamente y pone de relieve la consulta del material parlamentario, un *error negligente* del legislador, existen otros argumentos que permiten llegar a la misma conclusión; y en el caso concreto del contrato de seguro, lo era el artículo 25.3 de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que tras exigir que las tarifas de primas satisficieran el principio de suficiencia, establecía que *responderán al régimen de libertad de competencia en el mercado de seguros*, omitiendo, así, la anterior referencia expresa al principio de equidad (*cfr*. su art. 23.3); y lo es ahora el artículo 94.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, que ha derogado el texto de 2004.

[43] *V*. así buena parte de los autores citados *supra*, en la nota precedente; entre ellos recientemente insiste en esta idea PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Falta de transparencia y carácter abusivo…», *cit.,* p. 9, quien añade que estos obstáculos a la aceptación de un control judicial del equilibrio entre precio y prestación (ofrecidos a la comunidad jurídica por BRANDNER y ULMER) han devenido ya en un clásico.

[44] Como argumentó con rigor y claridad PAGADOR LÓPEZ hace ya algunos años —en contra de una opinión doctrinal contraria bastante extendida—, no puede aceptarse que la LCS (art. 3) admite la validez de las cláusulas limitativas siempre que reúnan los requisitos de especial resalto y aceptación específica y por escrito y, en cambio, no admite en ningún caso la validez de las cláusulas lesivas. En rigor, «lo que la LCS admite en todo caso es la incorporación de las cláusulas limitativas al contrato, siempre que reúnan los requisitos de inclusión legalmente exigidos, pero nada más, o, si se prefiere, admite su incorporación al contrato sin perjuicio de que posteriormente sean sometidas a control de lesividad»: *v*. Régimen jurídico…, *cit.,* p. 106. No obstante, un relevante sector doctrinal aún sigue sosteniendo que las cláusulas limitativas de derechos son aquellas «que deberán destacarse de modo especial en la póliza y ser aceptadas específicamente por el asegurado *para admitirse como válidas*»: *v*. TAPIA HERMIDA, Condiciones generales, cláusulas limitativas…, *cit.,* p. 315 (la cursiva es nuestra).

[45] La cursiva es nuestra.

[46] La cursiva es nuestra.

[47] Como ha observado la doctrina al analizar la LCGC y el TRDCU (arts. 80 y sigs.), no todas las cláusulas que afecten de cualquier forma a los elementos esenciales del contrato quedan fuera del control de contenido: así, siguiendo a PAGADOR, v. MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 82 TRDCU», *cit.,* p. 729.

[48] En este sentido, *v*., tras PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, PAGADOR LÓPEZ, «Título II. Condiciones generales…», *cit.,* p. 1369. En el ámbito del contrato de seguro *v*. en la misma dirección, entre otros, FONT RIVAS, Estudi…, *cit.,* p. 32, quien sostiene que «las cláusulas de exclusión de riesgo, en la medida en que delimiten el riesgo cubierto de *forma inusual o exorbitante* y creen, por tanto, una situación de desequilibrio de las prestaciones, pueden llegar a considerarse *lesivas* para el asegurado, en cuanto *sorprendentes*» (aunque añade que no pueden considerarse limitativas de derechos por cuanto que «no puede limitarse lo que no existe»). Entre los primeros autores que al analizar monográficamente las condiciones generales se ocuparon de este tipo de estipulaciones *v*. ALFARO-ÁGUILA REAL,

Las condiciones generales de la contratación, Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 274 y sigs.; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas,* Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 454.

[49] *Ibídem*.

[50] La cursiva es nuestra.

[51] *V*. MIQUEL GONZÁLEZ, Comentario al artículo 82 TRDCU, *cit*., p. 729.

[52] Así, aunque a propósito del control de transparencia de las cláusulas suelo tal como ha sido configurado por el Tribunal Supremo en sus Sentencias, *v*. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo…, *cit*., pp. 17 y sigs. y tras él, entre otros, CASADO NAVARRO, El control de transparencia como *llave*…, *cit*., pp. 53 y sigs. En concreto, señala PERTÍÑEZ que «el consumidor tiene derecho a conocer los elementos esenciales del contrato sin necesidad de una ocupación intensiva y no el deber de procurarse este conocimiento mediante la lectura de farragosos clausulados contractuales, que en el fondo es lo único que posibilita el cumplimiento de los requisitos de inclusión» (p. 13).

[53] *V*. ALFARO ÁGUILA-REAL*, Las condiciones*…, *cit*., pp. 274 y 275; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas*…, *cit*., p. 454; ÍDEM, Título II. Condiciones generales…, *cit*., pp. 1363 y sigs.

[54] Al respecto *v*. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Cizur Menor, 2004, especialmente pp. 193 y sigs.; PAGADOR LÓPEZ, Título II. Condiciones generales…, *cit*., pp. 1363 y sigs.; entre otros.

[55] *V*., en particular, el conjunto de *indicios normativos* que expone y analiza PAGADOR LÓPEZ con vistas a sostener la acogida implícita —pero, a su juicio indudable— de la regla de las cláusulas sorprendentes en el TRDCU: Título II. Condiciones generales…, *cit*., pp. 1366 a 1368. MIQUEL GONZÁLEZ lamenta la supresión de la regla sancionadora de las cláusulas sorprendentes tal como inicialmente figuraba en el Proyecto de LCGC, dada su idoneidad para comprender el control de transparencia, pero añade que dicha regla «debe quedar comprendida en la regla general de la buena fe y el justo equilibrio de prestaciones»: *v*. «Comentario al artículo 82 TRDCU», *cit*., p. 728. CAÑIZARES LASO, por su parte, entiende que aunque es cierto que el legislador español no formula esta regla en la legislación vigente, también lo es que tampoco prohíbe su utilización: *v*. Control de incorporación y transparencia…, *cit*., p. 77.

[56] A continuación aludimos a algunos ejemplos de cláusulas sorprendentes enjuiciadas por los tribunales en el sector del seguro. Al margen de este sector, y en concreto en el ámbito de la contratación bancaria y financiera, un buen ejemplo de cláusula sorprendente nos lo proporciona recientemente el asunto de las *cláusulas suelo*. En efecto, a la hora de celebrar un contrato de préstamo hipotecario el adherente tiene en cuenta generalmente el precio, es decir, el tipo de interés a satisfacer por el dinero prestado. Normalmente, tanto en la publicidad de las entidades de crédito como en las conversaciones que preceden a la celebración del contrato, este se expresa mediante el interés nominal aplicable que en la mayor parte de los casos es variable y suele consistir en un tipo de referencia (el EURIBOR) junto con un diferencial (EURIBOR más 2, por ejemplo). Si nada más se decía el cliente contaba con que pagaría EURIBOR más 2. En este contexto si una cláusula no efectivamente conocida aunque genéricamente aceptada establece que el tipo mínimo a pagar será el 5%, está contraviniendo de modo ilícito las legítimas expectativas del adherente. Esa misma cláusula, en caso de haber sido efectivamente conocida por el adherente, sería inobjetable. Es decir, lo que plantea es un problema de transparencia o, mejor, de falta de transparencia. Otro ejemplo de cláusula sorprendente nos lo facilita la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 1 de septiembre de 2006 (que cita PERTÍÑEZ VILCHEZ en Comentario al art. 80 TRDCU, *cit*., p. 707). En ella se consideró nula por abusiva la cláusula de un contrato de compra de un billete de avión por Internet por cuanto que contenía escondida en el clausulado de condiciones generales del operador la aplicación de un cargo de 13 euros. Y es que, como sostuvo el Tribunal en esta resolución, tratándose —como se trataba en este caso— del precio (elemento esencial del contrato), el predisponente tenía que haber aportado una información sobre dicho cargo que

asegurase al adherente su conocimiento efectivo en el momento de la celebración del contrato. Un último ejemplo de cláusula sorprendente nos lo suministra la SAP de Vizcaya de 7 de julio de 2008 (que cita MIQUEL GONZÁLEZ en Comentario al art. 82 TRDCU, *cit.,* p. 728). Se trataba en este caso de una condición general de conformidad con la cual un billete de avión de ida y vuelta quedaba sin efecto en el viaje de vuelta si no era utilizado en el trayecto de ida.

[57] Con anterioridad a ella cabría citar también la SAP de Toledo de 25 de octubre de 2011 (a la que alude PAGADOR LÓPEZ en Régimen jurídico…, *cit.,* p. 109), toda vez que en esta Resolución parece subyacer la regla prohibitiva de las cláusulas sorprendentes, aunque el tribunal no acude expresamente a ella sino al expediente técnico jurídico de la interpretación *contra proferentem*.

[58] La cursiva es nuestra.

[59] En otros lugares de esta SAP puede leerse que la palabra «precipitación ha de interpretarse en el sentido de entender que ha de referirse a intensidad de lluvia con independencia de la cantidad pues no cabe duda que una lluvia corta pero intensa es más dañina que una lluvia más prolongada en el tiempo, con mayor volumen de precipitación pero menos intensa», y ello porque «[e]s la primera la que en contra de todo lo previsto en el diseño de cubiertas y desagües en función de los periodos de recurrencia para precipitaciones tomadas en cuenta por las normas e instrucciones de la construcción, se presenta poniendo el límite a la previsión humana, bloqueando los desagües, rebasando las canalizaciones y discurriendo por partes de un edificio desprotegido y penetrando en él, ocasionando daños en los efectos del interior». En suma (Fundamento de Derecho 8.º), «40 litros hora es casi impensable que se produzca y el seguro dependa de ello; sí son frecuentes intensidades superiores, pero una hora a esa intensidad es casi impensable y eso no es lo querido por los contratantes pues el tomador lo que quiere es que si se ocasiona daños por agua se le indemnice porque para eso paga un seguro».

[60] *V.* así ALFARO ÁGUILA-REAL, Delimitación del riesgo cubierto en un contrato de seguro, disponible en http://almacen dederecho.org, quien afirma que en este caso «tal vez habría que entender que estamos ante un cláusula sorprendente».

[61] En concreto, el litigio versaba sobre una póliza de seguro denominada «Plan Protección de Accidentes Personales» que incluía en la cobertura pactada, entre otras cosas, el riesgo de que la asegurada sufriera fracturas, para las que se preveía una indemnización máxima de 6000 euros. Acaecido el siniestro (fractura de peroné sufrida por la asegurada) y reclamada la correspondiente indemnización por parte de la asegurada, se opuso la aseguradora por entender que la fractura sufrida por aquella no estaba incluida en la cobertura porque así resultaba de las tablas de indemnizaciones que figuraban en el libro de acompañamiento a la póliza, bajo la denominación «Condiciones Generales y Especiales del Seguro Individual de Accidentes», a las que se remitía la póliza, y según las cuales para el caso de fractura del «peroné», se establecían los porcentajes de la indemnización, de acuerdo con la suma asegurada (6000 euros) según se tratase de «fracturas múltiples, complicadas y completas» (23%) o del «resto de fracturas complicadas» (17%), lo que suponía que no se preveía ningún supuesto en el que la fractura pudiera dar lugar a percibir el 100 por 100 de la suma asegurada, y que quedaban fuera de la cobertura los supuestos de lesiones en que no concurriesen esas características.

[62] La cursiva es nuestra.

[63] La cursiva es nuestra.

[64] Así, *ad ex.,* PÉREZ ESCOLAR, Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, en *Anuario de Derecho Civil (ADC)*, t. LXVIII, 2015, p. 465.

[65] Las citas a los artículos de los Principios Unidroit y a sus «Comentarios» que aquí realizamos se refieren al texto de los Principios que se encuentra disponible en http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010 /integralversionprinciples 2010-s.pdf.

[66] Ciertamente, es asunto aceptado en nuestra comunidad jurídica que para las cláusulas relativas al precio y a su adecuación con la contraprestación no basta con el cumplimiento

de los requisitos de inclusión o transparencia formal (que solo ofrecen una posibilidad de conocimiento) sino que requieren «un aporte especial de transparencia en la fase precontractual y en su plasmación documental que asegure su conocimiento efectivo antes de la celebración del contrato»: *v.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Comentario al artículo 80 TRDCU, *cit.,* p. 706.

[67] Criterio utilizado por la STS de 22 de abril de 2016 en el sentido que anteriormente hemos explicado.

[68] Aunque no en el ámbito del seguro sino en el de las cláusulas suelo, a este criterio se refiere expresamente la SAP de la Coruña de 20 de mayo de 2015: en ella queda claro que el íter contractual puede demostrar de forma evidente que los actores tienen conocimiento efectivo de la cláusula suelo y de lo que ella implica en la carga económica del contrato. En el ámbito del contrato de seguro parece también acoger este criterio la STS de 11 de julio de 2010, como se infiere, a nuestro juicio, del párrafo siguiente: « La solución parte de considerar que al contrato se llega desde el conocimiento que el asegurado tiene del riesgo cubierto y de la prima, según la delimitación causal del riesgo y la suma asegurada con el que se da satisfacción al interés objetivo perseguido en el contrato, y es evidente que, *discutiéndose si la limitación de cobertura en razón a un riesgo excluido podía ser esperada por el asegurado, aunque no figurase en el condicionado particular,* ambas Sentencias declaran probado que, al margen del carácter o no lesivo de la cláusula en cuestión, *el demandado tenía clara conciencia del contrato por él suscrito y de lo que incluía y excluía, por haber dado el mismo las indicaciones pertinentes para la elección del modelo de la póliza*, siendo incluso el propio asegurado quien defiende con su firma la existencia y validez de la póliza y admite que junto al ejemplar de las condiciones particulares se le entregaron las generales en las que se concreta la limitación de cobertura convenientemente resaltada, sin riesgo alguno de confusión, cumplimentando de esa forma las exigencias del artículo 3. de la LCS» (la cursiva es nuestra).

[69] En el asunto resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de junio de 2015 el demandante, que en el año 2006 había sido nombrado «personal no sanitario con carácter interino en plaza vacante», celebró en el año 2010 un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, para lo cual hubo de facilitar a la entidad prestamista, entre otras cosas, su contrato de trabajo. Junto con el préstamo, el demandante había celebrado con una compañía aseguradora vinculada a la entidad prestamista un contrato de seguro de vida, incapacidad temporal y desempleo. Con carácter previo a la celebración de este último, le fue entregada al demandante una *«nota informativa»* relativa a ese seguro, en la cual se especificaba que «de acuerdo con dicha cobertura, entre otros supuestos, no se cubre el desempleo por causa de no superar el periodo de prueba, el despido disciplinario, la expiración de la duración del contrato temporal convenido y/o realización de la obra o servicio objeto del contrato, la jubilación del empresario individual…, el vencimiento de los periodos de excedencia, los periodos de carencia de ocupación efectiva en caso de trabajadores fijos de carácter discontinuo, ni la resolución voluntaria por el asegurado de la relación laboral que no resulte amparada por la prestación de nivel contributivo que otorgue el INEM». El contrato de seguro resultó definitivamente suscrito, y en el documento contractual correspondiente se podía leer lo que sigue: «Están cubiertos por la prestación por desempleo únicamente los asegurados que por razón de su relación laboral como trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo de duración igual o superior a la del préstamo o crédito, o funcionarios de empleo que coticen al régimen general de la Seguridad Social por desempleo o socios de cooperativas, reciban conforme a la legislación vigente en cada momento, la prestación de desempleo en el nivel contributivo por parte del INEM, por alguno de los siguientes motivos: (…) Despido basado en causas objetivas previstas en la legislación vigente, cuando se acompañe de la correspondiente indemnización por el empresario…» (…) «En consecuencia, entre otros supuestos no es objeto de cobertura la suspensión o extinción de la relación laboral por causa de: … Expiración del plazo del contrato temporal o de interinidad convenido y/o realización de la obra o servicio objeto del contrato». Los hechos relevantes dieron comienzo cuando en el mes de marzo de 2013 le fue comunicado al demandante el cese de su relación laboral por

«amortización de plaza». Por esa razón, le fue reconocida la prestación por desempleo. Pues bien, el problema se planteó por que, de acuerdo con el documento contractual del seguro, quedaba fuera de la cobertura pactada, entre otras situaciones, la expiración del plazo del contrato temporal o *de interinidad* convenido. La pretensión del reclamante fue estimada en apelación en consideración, por un lado, a que la situación del personal interino no es equiparable a la del personal de carácter eventual y de sustitución, por presentar una cierta nota de estabilidad (Fundamento de Derecho 5.º), y, por otro lado, y sobre todo (Fundamento de Derecho 4.º), «porque la exclusión que se contiene en las condiciones generales, referidas a los contratos de interinidad, aparte de no estar destacada ni aceptada específicamente, *no consta en la nota informativa dada al demandante antes de la firma del seguro*. La comparación de los términos entre la nota y las condiciones generales (…) es ilustrativa: *mientras que en la información precontractual no se mencionan específicamente, como excluidos, los contratos de interinidad, en las condiciones generales aparece por primera vez. Por ello, la cláusula contenida en las condiciones generales se ha de calificar como sorpresiva*. Y estas cláusulas sorpresivas, aunque fueran en puridad delimitadoras del riesgo, se han asimilado por la jurisprudencia a las limitativas a efectos de aplicación de iguales requisitos de aceptación (…) Además, la propia aseguradora (…) conocía el concreto tipo de contrato que tenía el demandante, imprescindible para el estudio y concesión del préstamo hipotecario, y no solo no advirtió de la posible incompatibilidad del mismo con el seguro de desempleo (según la tesis de la demandada) sino que permitió y propició su contratación. No se trata con ello de poner de manifiesto vicios del consentimiento que pudiera concurrir en el asegurado, sino del comportamiento de la aseguradora que entendía que el carácter interino, al menos en el concreto caso del demandante, no impedía la actuación del seguro, y por ello asumió la cobertura» (la cursiva es nuestra). Es decir, las circunstancias concretamente concurrentes durante la negociación (el tomador y asegurado informa a la aseguradora de la naturaleza de su relación laboral y la nota informativa entregada con carácter previo a la celebración del contrato no excluye de la cobertura el riesgo de cese o extinción de la relación laboral del asegurado) permiten considerar *sorprendente* la condición general que excluye de la cobertura los supuestos de cese de los contratos de interinidad, lo que, además, habría privado de todo sentido para el asegurado al hecho mismo de la celebración de ese contrato de seguro.

[70] Empero, no conforme: ISERN, para quien la firma del adherente al lado de la cláusula vale como prueba de aceptación de la cláusula sorprendente por parte del adherente (*v*. Las condiciones generales…, *cit*., p. 482). Lo anterior explica que, a juicio de esta autora, el artículo 430-3, apdo. 2.º, ACM merezca ser criticado, en la medida en que «el requisito de la expresa aceptación para su validez, a pesar de lo insólito de su contenido y de que no ha habido ninguna posibilidad de poder modificarla [la cláusula sorprendente, ha de entenderse], no deja de ser a su vez sorprendente, por cuanto que dicha declaración de voluntad suele estar supeditada en la mayoría de los casos a la necesidad de contratar del adherente, de resultas que se deja sin eficacia la protección que se pretende otorgar mediante la regla de la cláusula imprevisible o sorprendente». Esta crítica nos parece infundada. La regla de las cláusulas sorprendentes persigue proteger el consentimiento del adherente. Si no conoce la cláusula y no la consiente se trata de una cláusula ilícita. Pero si la conoce y la acepta de forma expresa (pudiendo demostrarse —por el predisponente— que este conocimiento real y efectivo ha tenido lugar) deja de ser sorprendente e ilícita (porque no puede sorprender lo que se conoce y consiente libremente).

[71] Al requisito de inclusión de la *comprensibilidad* se refiere seguidamente la Propuesta de Modernización en el apartado 3) del artículo 1261.3, esto es, en el apartado inmediatamente siguiente a aquel en el que se formula la regla de las cláusulas sorprendentes, disponiéndose que tampoco se entienden incorporadas al contrato las condiciones generales que «su redacción sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate».

[72] *V. Diccionario de la lengua española*, Edición del Tricentenario, disponible en http://dle.rae.es

[73] En palabras de PAGADOR LÓPEZ, «hoy no se discute que la prohibición de las cláusulas lesivas constituye, como mínimo, expresión de una cláusula general de control de contenido equivalente a la prohibición de las cláusulas abusivas *ex* TRDCU»: *v*. Título II. Condiciones generales…, *cit*., p. 1330, nota 45.

[74] Así lo ha constatado la doctrina en el ámbito de las cláusulas suelo: *v*., entre otros, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo…, *cit*., pp. 22 y sigs. y tras él CASADO NAVARRO, El control de transparencia como *llave*…, *cit*., pp. 17 y sigs. En idéntica dirección se expresa también PERTÍÑEZ al comentar el régimen de las cláusulas predispuestas del TRDCU: *v*. su Comentario al artículo 80 TRDCU, *cit*., pp. 705 y 706, donde pone de manifiesto en relación con estas cláusulas intransparentes que «transparencia y desequilibrio material se aúnan así en un mismo juicio en el que la falta de transparencia se convierte en medio o instrumento para el abuso, consistente en la alteración subrepticia de la relación de equilibrio entre la prestación que resultó pactada».

[75] Insiste recientemente en esta idea, al comentar la STS de 9 de mayo de 2013, *ad ex*., PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Falta de transparencia y carácter abusivo…, *cit*., pp. 14 y 15.

[76] A favor de que pueda prosperar una impugnación por error contra cláusulas sorprendentes, *v*. PAGADOR LÓPEZ, Título II. Condiciones generales…, *cit*., pp. 1368 y 1369.

(Trabajo recibido el 1-11-2016 y aceptado para su publicación el 14-11-2016)

Presupuestos para la anulación por error vicio de los préstamos hipotecarios en divisas

Requirements for the nullity of foreing currency mortgage loans by misrepresentation

por

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ*

Profesor Titular Derecho Civil. Universidad de Granada

RESUMEN: Las demandas de anulación por error vicio de los préstamos concertados en divisas están teniendo una solución muy dispar por los tribunales de justicia. En este artículo tratamos de sistematizar los presupuestos de la anulación por error vicio de estos contratos, partiendo de un análisis acerca del carácter jurídicamente relevante del error que consista en el desconocimiento del riesgo propio de estos préstamos, de su calificación como instrumentos financieros o no y del consiguiente régimen de información precontractual al que están sujetos, así como de los requisitos clásicos del error vicio: esencialidad, excusabilidad, inexistencia de confirmación y caducidad.

ABSTRACT: The nullity contract actions by misrepresentation in foreign currency loans are having very various solutions in Spanish courts. This paper tries to systematize the requirements for the nullity of these loans by innocent

* La redacción del presente trabajo finalizó en noviembre de 2016.

misrepresentation, considering as a starting point the juridical significance of the ignorance of the inherent risk of these loans, the qualification or not of currency loans as financial instruments and consequently the pre-contractual system of information to which they are subject, as well as the traditional requirements to the misrepresentation: essentiality, excusability, lack of confirmation and caducity.

PALABRAS CLAVE: Préstamos hipotecarios. Divisas. Error y protección consumidores.

KEY WORDS: Mortgage loans. Foreing currency. Misrepresentation. Consummer protection.

SUMARIO: I. EL RIESGO INHERENTE A LA CONTRATACIÓN DE UN PRÉSTAMO EN DIVISAS.—II. EL ERROR SOBRE LA EXPECTATIVA DE EVOLUCIÓN DE LA DIVISA Y EL ERROR POR DESCONOCIMIENTO DEL RIESGO POTENCIAL INTRÍNSECO A LA HIPOTECA EN DIVISAS.—III. CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS: ¿CLÁUSULA ABUSIVA POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA O ERROR VICIO?—IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA EN DIVISAS COMO CRÉDITO O COMO INSTRUMENTO FINANCIERO.—V. LA INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS EN LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA BANCARIA.—VI. LA ESENCIALIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA.—VII. LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA.—VIII. LA CONSECUENCIA DEL ERROR SOBRE EL RIESGO: LA POSIBLE NULIDAD PARCIAL.—XI. LA CONFIRMACIÓN DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA.—X. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ERROR.

I. EL RIESGO INHERENTE A LA CONCERTACIÓN DE UNA HIPOTECA EN DIVISAS

La contratación de un préstamo hipotecario en moneda extranjera —normalmente en la práctica hipotecaria española yenes o francos suizos— comporta un elevado riesgo para el prestatario, desde luego muy superior al riesgo de contratar un préstamo ordinario a interés variable en euros. El importe del capital prestado que haya de restituir el prestatario, valorado en euros, dependerá de la fluctuación que durante el periodo de duración del préstamo tenga la divisa en la que se

haya concertado el préstamo, en relación con el euro. Al respecto la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, al describir el riesgo intrínseco de los préstamos hipotecarios concertados en divisas, hizo hincapié en que la aleatoriedad propia del contrato, esto es, la depreciación del euro respecto de la divisa en cuestión, no solo repercute sobre la cuota que el prestatario ha de pagar en cada periodo de amortización de capital y pago de intereses nominales, sino que supone un aumento de la cuantía en euros del capital prestado, que durante la vida del préstamo se irá continuamente recalculando en virtud de la fluctuación de la divisa[1]. Así se explica que en algunos casos, varios años después de haberse realizado el préstamo y pese a las sumas pagadas periódicamente por el prestatario, el capital del préstamo, valorado en euros, sea superior al inicialmente recibido.

Por lo tanto, el riesgo de concertación de un préstamo en divisas para el deudor es equivalente al riesgo propio de la inversión en divisas. La participación en el mercado de divisas tiene un elevado carácter especulativo, pues no es más que una apuesta sobre la evolución al alza o a la baja de la divisa en cuestión. Esta especulación, sin la debida información, puede resultar inadecuada para personas inexpertas en el mercado de divisas o que no cuenten con el asesoramiento necesario, máxime en los supuestos en los que se esté vinculando este riesgo a una inversión tan importante como es la adquisición de un inmueble para uso de vivienda. Además, a este riesgo de fluctuación del tipo de cambio, debe sumarte el riesgo de fluctuación del tipo de interés aplicado a estos contratos, normalmente el coste medio del dinero en el Mercado Interbancario de Londres (LIBOR), con el que una persona sin experiencia en el mercado financiero no está familiarizada.

Normalmente el préstamo en divisas es ofrecido por las entidades financieras en su modalidad «Multidivisas», que incluye una cláusula por la que el prestatario puede optar por convertir el préstamo a euros o a cualquier otra de las divisas previstas en el contrato en cualquier periodo de amortización. Esta opción no elimina completamente el riesgo inherente a la contratación de un préstamo en divisas, puesto que la conversión del capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta tenga lugar. En definitiva, mediante la conversión simplemente se estaría trasladando el aumento del capital ya producido como consecuencia de la apreciación de la divisa a la moneda propia, evitándose solo el riesgo de una sucesiva apreciación de la divisa en el futuro.

II. EL ERROR SOBRE LA EXPECTATIVA DE EVOLUCIÓN DE LA DIVISA Y EL ERROR POR DESCONOCIMIENTO DEL RIESGO POTENCIAL INTRÍNSECO A LA HIPOTECA EN DIVISAS

Lógicamente, si este riesgo propio de un préstamo concertado en divisas es conocido por el prestatario no se puede invocar un vicio del consentimiento

por el hecho de que resultase errada su expectativa sobre la evolución futura de la divisa. Este error resulta jurídicamente irrelevante, pues la fluctuación de la divisa en un sentido distinto del previsto por el prestatario no es más que uno de las posibles vicisitudes del riesgo intrínseco a este negocio. De lo contrario, el préstamo concertado en divisas —o por extensión, cualquier operación de inversión en divisas— perdería su carácter aleatorio para el prestatario, convirtiéndose en un negocio seguro, en el que el prestatario o ganaría o, en el peor de los casos, empataría, vía ejercicio de una acción judicial de anulación, pero nunca perdería. La conversión de un negocio por esencia aleatorio en un negocio seguro para una de las dos partes por la vía de la anulación por error del contrato cuando no se vieran satisfechas sus expectativas sobre la evolución del riesgo colisiona frontalmente con los principios de autonomía de la voluntad y *«pacta sunt servanda»,* por muy consumidor que fuese el prestatario.

Otra cosa distinta es que el prestatario desconociese por insuficiencia de la información prestada en la fase precontractual la entidad del riesgo, la magnitud de su potencial impacto sobre el capital debido o, dicho en otros términos, que desconociese la probabilidad y la importancia del perjuicio patrimonial que podría sufrir en caso de una previsible depreciación del euro frente a la divisa y que este perjuicio patrimonial no se limita a un incremento de las cuotas periódicas de amortización de capital y pago de intereses remuneratorios, sino que incide sobre el valor en euros del capital del préstamo que se ha de restituir[2]. Esta distinción entre el error del prestatario en su previsión o expectativa sobre la fluctuación de la divisa y el desconocimiento por falta de información sobre el riesgo potencial intrínseco a la operación en divisas es algo que también ha dejado muy claro la referida STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015:

> *«El error que, siendo excusable, vicia el consentimiento es el que recae sobre la naturaleza y los riesgos del producto. Lo que no vicia el consentimiento, y no es por tanto adecuado para justificar la anulación del contrato, es la conducta de quien, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias derivadas de esas características del contrato, yerra en el cálculo y, al contrario de lo que previó, obtiene pérdidas, no ganancias»*[3].

En este sentido, es de suponer que el prestatario que concierta un préstamo de esta naturaleza seducido por la posibilidad de que el importe en euros de las cuotas periódicas de amortización de capital e intereses nominales descienda en un escenario de previsible depreciación de la divisa frente al euro fuera consciente de que la fluctuación de la divisa puede también jugar en su contra, implicando un aumento de las cuotas periódicas de amortización de capital e

intereses, en caso de apreciación de la divisa respecto del euro. Con independencia de los conocimientos técnicos en el mercado de divisas que tuviera un prestatario concreto, cualquiera podría suponer que la concertación de un préstamo en divisas es un negocio aleatorio que implica un posible beneficio o un posible perjuicio. No es tan seguro, sin embargo, que sin una información adecuada sobre el riesgo real de este préstamo, un prestatario inexperto pudiera conocer en qué medida podía afectar al importe del capital prestado en euros una apreciación de la divisa, teniendo en cuenta además que la percepción sobre el riesgo de fluctuación podría verse atenuada por la opción de convertir el préstamo a euros en cualquier momento.

En consecuencia, la contratación de un préstamo en divisas requiere que el prestatario haya sido plenamente informado por la entidad financiera de la naturaleza de la operación, del elevado riesgo intrínseco del producto y de las consecuencias de la fluctuación de la divisa sobre la obligación de reembolso del capital prestado, para que haya podido prestar el consentimiento con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo potencial que está asumiendo. La Directiva UE/2014/17 sobre los Contratos de Crédito celebrados por consumidores para Bienes Inmuebles de Uso Residencial (en adelante, Directiva 17/2014) manifiesta en su considerando trigésimo una especial preocupación por los riesgos inherentes a los préstamos en moneda extranjera, por lo que según expresa este considerando resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el periodo de vigencia del crédito[4]. En consecuencia, en su articulado, la Directiva 17/2014 recoge determinados deberes de información que han de satisfacer en la fase precontractual las entidades financieras en relación a los préstamos en divisas. El artículo 11.1.j) obliga a advertir en la misma publicidad sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio, podrían afectar al importe adeudado por el consumidor. Asimismo, el artículo 13.f) obliga incluir en el documento de información precontractual general, además de la indicación de la moneda del préstamo, una explicación sobre las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación del crédito en moneda extranjera y su artículo 25.6 dispone que en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada), se deberá incluir un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%, si en el contrato no hubiese disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20%.

Pero pudiendo influir en la incorrecta prestación del consentimiento la falta de información sobre el alcance real del riesgo propio de la contratación de un préstamo en divisas, la cuestión es cuál es la consecuencia jurídica que sobre el plano contractual mejor se adecua a esta falta de información.

III. CONSECUENCIA DEL DESCONOCIMIENTO SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS: ¿CLÁUSULA ABUSIVA POR UN DEFECTO DE TRANSPARENCIA O ERROR VICIO?

Cabe plantearse «a priori» si la cláusula de fijación del capital del préstamo en una divisa, como cláusula atinente al objeto principal del préstamo que es, puede incardinarse en la categoría de cláusulas abusivas por un defecto de transparencia, en los términos definidos por la STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013[5]. El Auto AP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015/929), enjuició el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación del préstamo en divisas en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque fuese a modo de «óbiter dicta», puesto que esta pretensión de nulidad de la «cáusula multidivisa» era subsidiaria a la pretensión de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado estimada por dicho auto. También en un procedimiento de ejecución hipotecaria el Auto AP Madrid (Sec. 12.ª) de 7 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 124929), de una manera sorprendente, consideró que la cláusula «multidivisa», así como la estipulación sobre el índice de referencia aplicable, no superaban los requisitos de incorporación al contrato del artículo 5 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. Ya en un procedimiento declarativo, la SAP Murcia (Sec. 5.ª) de 28 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 185430) y la SAP Valladolid (Sec. 3.ª) de 30 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 183799) también han enfocado la cuestión de la falta de información desde la perspectiva de la nulidad de cláusulas abusivas.

Este planteamiento es dudoso. En la práctica jurisprudencial, la categoría de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia ha venido referida al supuesto de una cláusula que de un modo que pase inadvertido al consumidor altere en su perjuicio el equilibrio económico —relación precio contraprestación— sobre el que de manera legítima creía haber prestado su consentimiento a la vista de la configuración previa de la oferta que le proporcionó el empresario. Por lo tanto, esta categoría tiene su encaje natural en el supuesto en que una condición general altere de manera subrepticia el pacto sobre el precio o sobre las características o condiciones de la contraprestación, tal y como había quedado definido en la oferta, así: la cláusula suelo, que altera el interés nominal del crédito constituido por el diferencial aplicable al tipo de referencia [STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013]; la cláusula que impone el pago de un cargo por la emisión de la tarjeta de embarque [STS (Sala Primera) de 13 de marzo de 201]; la cláusula que repercute al comprador de un inmueble el pago del impuesto de «plusvalía» [STS (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2011]; o la cláusula que hace depender la rentabilidad de un depósito de la evolución de un determinado valor subyacente [STS (Sala Primera) de 22 de

diciembre de 2009] y [STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2010]. No es este exactamente el caso de la cláusula de fijación del capital en una divisa, que no altera las condiciones de una oferta previa de manera subrepticia, salvo en la hipótesis poco probable de que se hubiera ocultado en la fase precontractual la inclusión de la cláusula en el préstamo y el prestatario hubiese concertado el préstamo pensando que se trataba de un préstamo convencional en euros[6]. Antes bien, la cláusula de fijación del préstamo en divisa es definitoria del tipo mismo de préstamo que se está realizando.

El eventual desconocimiento del prestatario no recae sobre la existencia de una cláusula en el contrato, la de fijación del capital del préstamo y de las obligaciones del prestatario en divisas, con la que no contase y que alterase su expectativa legítima sobre la relación precio-contraprestación, sino que su posible desconocimiento recae sobre el alcance real del riesgo que supone para él la fluctuación de la divisa. El desconocimiento sobre el alcance real del riesgo asumido tiene un mejor encaje en el supuesto de error por vicio del consentimiento, siempre que el mismo revista los caracteres de esencial y excusable y siempre y cuando, claro está, se pruebe por el prestatario la concurrencia del error.

Precisamente, la prueba por parte del prestatario de la concurrencia de este error será una de las principales dificultades para la estimación de las demandas de anulación de los préstamos hipotecarios en divisas, puesto que el prestatario habrá de convencer fundadamente al juzgador de que no acude a una acción de anulación para que los tribunales enmienden un negocio aleatorio que ha resultado perjudicial, sino porque realmente desconocía en el momento de concertar el contrato la naturaleza y el riesgo intrínseco a los préstamos hipotecarios en divisas y en concreto que una apreciación de la divisa podría suponer no solo un incremento de las cuotas periódicas del préstamo sino del capital que habría de reembolsar. Pero como el desconocimiento de la realidad es un proceso psicológico no susceptible de prueba física, lo que debe acreditar el prestatario es la concurrencia de indicios suficientes de dicho desconocimiento, por la falta de información aportada por la entidad prestamista —cuya prueba sí compete a la entidad prestamista—, así como por sus condiciones subjetivas y otras circunstancias concurrentes en el momento de realización del préstamo. En este sentido, la prueba sobre la concurrencia del error guarda un claro paralelismo con la prueba sobre la excusabilidad del error, a la que más adelante nos referiremos.

La valoración de las hipotecas en divisa desde la perspectiva del error vicio del consentimiento plantea una pluralidad de problemas: en primer lugar, la calificación de la naturaleza del préstamo en divisas como un mero crédito o como un instrumento financiero, lo que repercutirá en el régimen de información precontractual al que viene obligada la entidad financiera, el de la normativa sobre transparencia en préstamos bancarios o la normativa MIFID sobre productos de inversión; la concurrencia de los requisitos de esencialidad y excusabilidad del

error; la posible anulación parcial del contrato y su conversión en un contrato concertado desde el inicio en euros o la posible existencia de confirmación tácita y de prescripción de la acción de anulación.

IV. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA EN DIVISAS COMO CRÉDITO O COMO INSTRUMENTO FINANCIERO

En la estimación de las acciones de anulación por vicio del consentimiento de los préstamos concertados en divisas deviene una cuestión de capital importancia su naturaleza jurídica como un mero crédito o como un instrumento financiero, puesto que de ser calificado como un instrumento financiero resultaría aplicable al contrato la denominada normativa MIFID sobre productos de inversión, derivada de la Directiva UE/2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros, que fue transpuesta en nuestros ordenamiento jurídico a través de Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modificó la ya derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores, en sus artículos 78 a 79 sexies, que actualmente se corresponden con los artículos 202 a 220 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 (en adelante TR-LMV) preceptos que a su vez se desarrollan en los artículos 54 a 78 Real Decreto 217/2008 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión.

Esta normativa impone a las entidades que prestan servicios de inversión que tengan por objeto instrumentos financieros unos exigentes deberes de conducta cuando contraten con inversores calificados como minoristas (según el concepto que se deriva de los artículos 204 y 205 TR-LMV), relativos no solo a la información precontractual que se les ha de proporcionar sobre los riesgos asociados a los productos financieros que se ofrecen, sino también a la evaluación sobre la idoneidad del producto de inversión de acuerdo con la experiencia inversora, la situación financiera y los objetivos de la inversión del inversor, si el servicio que se presta es de asesoramiento, o cuanto menos si el servicio no es de asesoramiento a la evaluación de su conveniencia para el inversor, de acuerdo con su conocimiento y experiencia en el ámbito de la inversión que se trate.

Pues bien, de acuerdo con una jurisprudencia ampliamente consolidada sobre la incidencia del incumplimiento de estos deberes de información y evaluación sobre la validez de los contratos de servicios de inversión que tengan por objeto los instrumentos financieros a los que se refiere el actual artículo 2 del TR-LMV (anterior artículo 2 de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores), si bien la consecuencia del incumplimiento de estos deberes no ha de ser la nulidad del contrato por contravención de norma imperativa *ex* artículo 6.3 del Código Civil, sí que puede presumirse de este incumplimiento la concurrencia de un

error vicio del consentimiento. La razón es que si el legislador ha considerado en abstracto que un inversor minorista necesita ser previamente informado y evaluado para que pueda adoptar su decisión con pleno conocimiento de causa sobre la naturaleza y riesgo del producto de inversión concreto y su idoneidad o conveniencia, si se incumplen estos deberes cabe colegir, salvo prueba en contrario, que no disponía de los elementos de juicio necesarios para adoptar su decisión contractual con pleno conocimiento de causa[7].

En consecuencia, si el préstamo hipotecario en divisas se considera un instrumento financiero en los términos del artículo 2 TR-LMV, siempre que la entidad financiera no hubiera cumplido los requisitos de información y evaluación exigidos por las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión de acuerdo con el régimen que estuviera vigente en el momento de la realización del contrato —lo que resulta muy probable, sobre todo en relación a los préstamos en divisas concertados con posterioridad a la entrada en vigor de la norma de transposición de la directiva MIFID el 21 de diciembre de 2007 (Disp. final 6.ª Ley 47/2007)— el préstamo concertado en divisas debería considerarse nulo por vicio del consentimiento, a menos que se probase por la entidad financiera que la experiencia financiera y los conocimientos en el mercado de divisas del prestatario hacían innecesaria tal información para que pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo asumido.

La STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, en contra del criterio sostenido hasta ese momento por las Audiencias Provinciales que se habían pronunciado sobre la cuestión[8], calificó los préstamos hipotecarios concertados en divisas como instrumentos financieros, en concreto como un instrumento financiero derivado relacionado con divisas (art. 2.2 de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores, actual art. 2.2 TR-LMV), por lo que consideró que resultaban de aplicación al caso los deberes de información y evaluación previstos por los artículos 78 a 79 sexies de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores (actuales artículos 202 a 220 TR-LMV). Sin embargo, pese a que la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 asumió plenamente la doctrina jurisprudencial anteriormente referida sobre la presunción de la concurrencia de error vicio en caso de que se hubieran incumplido los deberes precontractuales previstos en dichas normas, en el caso concreto no consideró anulable por vicio del consentimiento el contrato de préstamo en divisas, atendiendo a las especiales condiciones subjetivas de los prestatarios: un abogado, precisamente especializado en derecho bancario y en préstamos en divisas, y una ejecutiva de una multinacional.

No obstante, más allá de las circunstancias concurrentes en el caso concreto que conllevaron a la desestimación de la demanda de anulación por vicio, esta doctrina jurisprudencial que consideró aplicable a los préstamos hipotecarios en divisas la normativa MIFID podría abrir un cauce para la estimación de

sucesivas demandas de anulación por vicio de préstamos en divisas con inversores minoristas que no tuvieran experiencia ni elevados conocimientos en instrumentos financieros.

La STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 concluyó que resultaba de aplicación a los préstamos hipotecarios en divisas la normativa MIFID a partir de dos premisas:

a) La primera de ellas, lógicamente, era la calificación de este préstamo hipotecario como un instrumento financiero derivado, en los términos del artículo 2.2 de la derogada LMV (art. 2.2 del actual TR-LMV). Considera esta Resolución que el préstamo en divisas es *«un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el artículo 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al artículo 2.2 de dicha ley»*[9].

b) La segunda premisa, una vez calificada la hipoteca en divisas como instrumento financiero, era salvar la excepción que a la aplicación de las obligaciones de información y evaluación del artículo 79 bis de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores (actuales arts. 209 a 218 TR-LMV) representaba la anterior redacción del artículo 79 *quáter* de la misma Ley para el supuesto en que se ofreciera un servicio financiero como parte de un producto financiero que ya estuviera sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información[10]. De manera análoga a como ya se había resuelto esta cuestión, de acuerdo con la interpretación efectuada por la STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11, Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos) del artículo 19.9 de la Directiva 2004/39 sobre Mercados e Instrumentos Financieros (del que el art. 79 *quáter* era transposición) en relación a la aplicación de la normativa MIFID sobre información precontractual a los contratos de permutas financieras o SWAPS vinculados a préstamos hipotecarios, la STS (Sala Primera) 30 de junio de 2015 consideró que al no existir, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria en relación a la concesión de préstamos en divisas que permitiera a los clientes una adecuada valoración del riesgo (pues en el momento de la concesión del préstamo todavía no se había dictado la directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial) la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MIFID.

Tras la referida STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, han estimado las pretensiones de nulidad por vicio del consentimiento de préstamos concertados en divisas por la aplicación de la normativa MIFID, por ejemplo, la SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 201999), la SAP Barcelona (Sec. 15.ª) de 9 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 180303), el AAP Madrid (Sec. 12.ª) de 7 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 124929), la SAP Madrid (Sec. 13.ª) de 28 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 115865), la SAP Vizcaya (Sec. 5.ª) de 10 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 119617). Por el contrario, pese a considerar de aplicación la normativa MIFID, fue desestimatoria de la pretensión de anulación por vicio la SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 30 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 256062), por la experiencia y conocimientos sobre el mercado de divisas del prestatario que justifica que no se le efectuara el «test de conveniencia» del artículo 79. bis.7.º LMV.

Sin embargo, toda esta doctrina formulada por la STS de 30 de junio de 2015 sobre la aplicación a los préstamos hipotecarios en divisas de la normativa MIFID, que en definitiva no ha hecho sino trasladar al supuesto de las hipotecas en divisas, la doctrina comunitaria aplicada al caso de las permutas financieras, ha quedado en entredicho tras la STJUE 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Plus *vs* Martón Lantos). Cuestionado el TJUE acerca de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional (forintos húngaros) de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo denominado en divisas y de sus reembolsos pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» relacionado con instrumentos financieros en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros (directiva MIFID) y en consecuencia si la operación estaba sujeta a los deberes de evaluación del artículo 19 de la misma directiva, considera que en la medida en que estas operaciones de cambio constituyen actividades puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo denominado en divisas, no se encuentran comprendidas entre los servicios y actividades de inversión de la sección A del Anexo I de la directiva, (párrafo 55). Señala también la misma Sentencia que la finalidad de dichas operaciones de cambio no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (párrafo 57). Por lo tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de este (párrafo 72).

En consecuencia, falla la citada STJUE de 3 de diciembre de 2015 que *«no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en*

virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

En la motivación sobre el fondo de la cuestión prejudicial planteada, la STJUE de 3 diciembre de 2015, en contra del criterio sostenido por la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, declara expresamente que el préstamo denominado en divisas no es un instrumento financiero. En particular, dispone que no es un contrato derivado de futuros por el cual dos partes se obligan la una a comprar y la otra a vender, en una fecha posterior, un activo denominado «subyacente» a un precio que se fija en el momento de la celebración del contrato, pues *«un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato»* (párrafos 69 y 70). En este mismo sentido, considera la STJUE de 3 de diciembre de 2015 que en los contratos de préstamo en divisas no cabe disociar del préstamo propiamente dicho las operaciones de venta de divisas al objeto de considerar estas concretas operaciones de cambio como un instrumento financiero independiente del préstamo, *«puesto que el objeto exclusivo de estas operaciones es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero»* (párrafo 71)[11].

En consecuencia, la concesión de un préstamo en divisas no debe considerarse como un servicio de inversión sobre un instrumento financiero que esté sujeto a los deberes de información y evaluación previstos por los artículos 202 a 220 TR-LMV (anteriores artículos 78 a 79 sexies de la derogada Ley 24/1988 del Mercado de Valores), ni tampoco puede considerarse que las operaciones de cambio de divisa a moneda propia constituyan un instrumento financiero independiente disociado del préstamo propiamente dicho, puesto que la finalidad de dichas operaciones de cambio no es llevar a cabo una inversión, sino que son puramente accesorias para la ejecución de las prestaciones principales del contrato de préstamo.

La doctrina de la referida STJUE de 3 de diciembre de 2015 ha sido acogida, por ejemplo, en la SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 5460) según la cual, *«la hipoteca multidivisa no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, al no contener el "préstamo multidivisa" un instrumento derivado financiero implícito».* En el mismo sentido, la SAP Sevilla (Sec. 5.ª) de 31 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 197724) y la SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147). Por el con-

trario, la SAP Valladolid (Sec. 3.ª) de 30 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 183799), invocando un discutible carácter de armonización mínima de la Directiva 2004/39 sobre Mercados de Instrumentos Financieros, alega que el Tribunal Supremo español tiene la potestad de incluir en la categoría de instrumentos financieros, productos bancarios distintos de los expresamente enumerados en la Directiva.

Pero la cuestión acerca de la validez de los préstamos en divisas no puede quedar limitada a su calificación como mero crédito o como instrumento financiero, a modo de todo o nada. No puede obviarse que pese a no ser los préstamos en divisas un instrumento financiero, comparte el mismo riesgo asociado a la inversión en divisas, por lo que se califique como se califique el contrato, el prestatario debería ser informado del riesgo de fluctuación de la divisa y de la incidencia que una apreciación de la divisa podría tener sobre su obligación de reembolso del capital. Como ha puesto de manifiesto la SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147). *«Al margen de la aplicación de la normativa MiFID, o su trasposición en la Ley del Mercado de Valores en su redacción por Ley 4/2007, existen unos deberes de información que incumben a las entidades bancarias para con sus clientes, que como declara la STS de 20 de enero de 2014 (núm. 840/2013) es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de buena fe, que se contiene en el artículo 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar».*

La cuestión entonces es si el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas administrativas de transparencia bancaria, a las que están sujetos los préstamos en divisas resulta suficiente a tal fin o si por el contrario el deber de buena fe exigía una información adicional.

V. LA INFORMACIÓN SOBRE EL RIESGO DE LOS PRÉSTAMOS EN DIVISAS EN LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA BANCARIA

La Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994), en vigor hasta el 29 de abril de 2012, (derogada por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda

de 28 de octubre de 2011) imponía a las entidades financieras unas obligaciones informativas que en relación a la contratación del préstamo en divisas eran ciertamente muy parcas: en el folleto informativo al que se refiere el artículo 3 de la norma, se debía hacer mención —conforme al Anexo I— de la moneda del préstamo y en la oferta vinculante a la que se refería el artículo 5 se debían señalar —conforme al Anexo II— *«las especificidades derivadas de que el préstamo esté denominado en moneda distinta a la peseta (p.ej.: moneda de pago, cálculo del importe en pesetas de cada pago, etc.)»*. Por consiguiente, los deberes de información precontractual que en relación a la hipoteca en divisa imponía a las entidades financieras la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no hacían referencia a los riesgos de fluctuación de la divisa. La información sobre el riesgo de fluctuación de la divisa se posponía al momento de la firma de la escritura pública y se reducía a una advertencia notarial de lo que el prestatario genuinamente ya conocía (art. 7.5): la existencia de un riesgo de fluctuación del tipo de cambio. Lo que necesitaba saber el prestatario para asumir este riesgo con pleno conocimiento de causa —y desde luego, en un momento anterior al de la conclusión del contrato de préstamo en un despacho notarial— era el alcance real del mismo y el impacto tan importante que sobre la obligación de restitución de capital e intereses podía llegar a tener. Por lo tanto, el cumplimiento de estas exigencias informativas mínimas no puede purificar sin más el contrato de vicios del consentimiento; en no pocos casos seguirá siendo excusable el error a pesar del cumplimiento de estos requisitos.

En la vigente Orden del Ministerio de Economía de Hacienda de 28 de octubre de 2011, sobre transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en adelante Orden del 28 de octubre de 2011), en la FIPER (Ficha de Información Personalizada) a la que se refiere el artículo 21, de conformidad con el modelo normalizado a la que ha de sujetarse la misma (Anexo II, apartado 14.º) debe hacerse una advertencia al prestatario de que el *«importe en euros que necesitará para pagar cada cuota variará en función del tipo de cambio de la (moneda del préstamo/euro)»*. Esta advertencia no siempre se revela suficiente para que el prestatario hubiese podido tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa sobre el riesgo de fluctuación de la divisa, no solo porque su importancia queda diluida entre el conjunto de la información contenida en la FIPER, sin estar especialmente destacada e incluirse en un apartado 14.º, junto con otras advertencias, (téngase en cuenta que, por el contrario, en relación a las cláusulas suelo se exige que las mismas se recojan en un documento aparte anexo a la FIPER y que en relación a los instrumentos de cobertura del tipo de interés se exige una rigurosa información, artículos 25 y 24 respectivamente), sino fundamentalmente porque solo se advierte al prestatario del riesgo que la fluctuación del tipo de cambio puede tener sobre el importe en euros de cada cuota periódica, pero no sobre el incremento del valor en euros del capital prestado.

Adicionalmente, la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, en su artículo 6, exige que se incluya en la escritura pública de otorgamiento del préstamo hipotecario una expresión manuscrita del cliente en la que manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, cuando, entre otras circunstancias, haya sido concedido en una o varias divisas[12], pero esta manifestación en sí misma no implica que el cliente haya sido informado sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio para que haya podido adoptar su decisión de contratar un préstamo en divisas con pleno conocimiento de causa. Si la información dada sobre el impacto potencial que la apreciación de la divisa pudiera tener sobre el valor en euros del capital prestado fuera insuficiente, la expresión manuscrita no sanaría por sí misma esta falta de información.

En definitiva, los deberes de transparencia previstos tanto en la OM 5 de mayo de 1994, como en la vigente OM 28 de octubre de 2011 se revelan insuficientes para que un prestatario sin conocimientos ni experiencia previa en el mercado de divisas conociera el alcance real del riesgo que la fluctuación de la divisa puede suponer sobre sus obligaciones de restitución de capital y pago de intereses. Como ha señalado con acierto la SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 5460) la cuestión es *«si los contratantes tuvieron completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa eztranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo»… «Se trata de determinar si cuando los prestatarios contrataron el producto financiero conocían, de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad».*

Una información completa sobre este riesgo requeriría una ilustración con ejemplos representativos en relación a determinados escenarios hipotéticos e información sobre cuál ha sido la fluctuación histórica de la divisa en relación al euro.

Si tenemos en cuenta la doctrina establecida en la STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013 sobre el deber de transparencia en relación a las cláusulas suelo, no solo resulta preciso informar sobre la existencia de la cláusula suelo, sino también sobre sus posibles efectos sobre el coste del crédito durante la ejecución del contrato, en función de la evolución previsible del índice de referencia, por lo que es preciso aportar al prestatario cuadros de amortización simulada en distintos escenarios previsibles e incluso información sobre la evolución previsible del índice de referencia. Extrapolando esta doctrina al supuesto de los préstamo en divisas, para que el prestatario pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa sobre el alcance del riesgo de fluctuación de la divisa sobre su deuda debería ser informado en la

fase precontractual no solo sobre la existencia de un riesgo de fluctuación de la divisa, sino sobre el alcance potencial de dicho riesgo, contextualizándose en distintos escenarios hipotéticos el efecto que la fluctuación de la divisa tendría no solo sobre las cuotas periódicas de amortización de capital e intereses, sino sobre el valor en euros del capital debido.

Por esta razón, resulta más adecuada la información exigida por la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, que obliga a advertir en la publicidad misma sobre la posibilidad de que las fluctuaciones del tipo de cambio, podrían afectar al importe adeudado por el consumidor (art. 11.1j), a incluir en el documento de información general a disposición del público, además de la indicación de la moneda del préstamo, una explicación sobre las implicaciones que tiene para el consumidor la denominación del crédito en moneda extranjera (art. 13.f) y sobre todo en su artículo 23.6 exige incluir en la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) a la que se refiere el artículo 14, un ejemplo ilustrativo de los efectos que tendría una fluctuación del tipo de cambio del 20%, si en el contrato no hubiese disposiciones destinadas a limitar el riesgo de tipo de cambio a que está expuesto el consumidor a una fluctuación del tipo de cambio inferior al 20%[13].

VI. LA ESENCIALIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA

El error sobre la evolución del mercado en el que se desenvuelve un contrato concreto es un error externo al objeto del contrato y cae, por lo tanto, fuera del ámbito de delimitación material del error vicio del artículo 1266 del Código Civil, que exige que el error lo sea sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre las condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

Sin embargo, el error al que nos estamos refiriendo no es una simple frustración sobre las expectativas de la evolución de un mercado concreto, el de las divisas, que tuviese un contratante bien informado, error este que sería un mero error subjetivo —no casualizado— y, por lo tanto, irrelevante. Antes bien, el error en el que puede incurrir el prestatario mal informado en un contrato de préstamo concertado en divisas es un error sobre el alcance del riesgo y su incidencia sobre el capital del préstamo que se ha de reembolsar. No es lo mismo sufrir un error en las expectativas de la evolución de un determinado mercado, fundadas en determinadas percepciones o intuiciones sobre circunstancias pasadas, coetáneas o previsibles, que desconocer el alcance de un riesgo, como componente esencial de un determinado negocio jurídico de naturaleza aleatoria; el primero, es una consecuencia propia del negocio jurídico aleatorio

que, por definición, implica la posibilidad de ganar o de perder, en función de circunstancias azarosas para las partes; el segundo, es un error que impide una correcta formación del consentimiento contractual, puesto que no se puede asumir un riesgo que se desconoce.

Dicho en otras palabras, el error relevante en los contratos aleatorios es el que recae sobre el desconocimiento del alcance real del «aleas», que impide que se haya asumido plenamente, no el error que recaiga sobre las expectativas frustradas de la evolución de un riesgo que se conocía y en cuanto tal ha resultado asumido.

En los contratos aleatorios, el riesgo del que dependerá la fijación de cada una de las prestaciones de las partes, que en este caso es la fluctuación de la divisa, es parte esencial del contrato y, por lo tanto, el conocimiento del alcance real de este riesgo y de sus implicaciones en el contrato deviene necesario para que el consentimiento se preste con pleno conocimiento de causa. Como ha dispuesto la STS (Sala Primera) de 20 de enero de 2014, en relación a un contrato de permuta financiera o *Swap* de interés, *«todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate»*. En el caso de la hipoteca en divisas, el riesgo consistente en la fluctuación de la divisa con respecto al euro determina el alcance de la obligación del prestatario, esto es, el valor real en su moneda propia (euro) de la obligación de restituir el capital y pagar intereses remuneratorios. El riesgo de la evolución del mercado de las divisas queda de este modo internalizado, como parte misma del objeto del contrato de préstamo. MORALES MORENO, A. M., (1978, 31), aclara que «la cosa que fuere objeto del contrato» a la que se refiere el requisito de la esencialidad del artículo 1266 del Código Civil no ha de referirse exclusivamente a los objetos corporales, sino de manera más amplia como equivalente al objeto o «materia» del contrato, en los términos del artículo 1261.2.º y 1271 del Código Civil. El objeto del contrato de préstamo remuneratorio es lógicamente la restitución del capital entregado y en su caso el pago de los intereses pactados (art. 1740 del Código Civil).

Por otra parte, la esencialidad del error en los términos del artículo 1266 del Código Civil requiere no solamente que el mismo recaiga sobre el objeto del contrato, sino además que tenga una entidad suficiente para ser «motivo determinante de la celebración del contrato» o dicho en otros términos, que el error haya tenido una relevancia causal en la prestación del consentimiento, de tal manera que de haber sido conocida la realidad —la incidencia que la apreciación de la divisa podía llegar a tener sobre la obligación de restitución de capital y pago de intereses del prestatario— el contrato no se hubiera celebrado. En el caso de las hipotecas contratadas en divisas, el error puede llegar a tener una incidencia tal en la obligación de reembolso del capital y pago de intereses del prestatario, que cabe considerar que el contratante que lo sufrió de haber co-

nocido la realidad del riesgo al que se enfrentaba no lo habría celebrado, sobre todo cuando se trata de un contratante que no ha manifestado previamente en sus negocios financieros o de inversión una propensión al riesgo. No se puede ignorar que el factor subjetivo del prestatario, su aversión o propensión al riesgo, puede influir en la valoración del carácter determinante o no del error en la prestación del consentimiento.

VII. LA EXCUSABILIDAD DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA

El error es excusable cuando no pudo ser evitado por quien lo padeció empleando una diligencia media o regular. Como ya explicara DE CASTRO Y BRAVO (1967-2008, 112) mediante el requisito de la excusabilidad se trata de impedir que el ordenamiento jurídico proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente y es que, ni tan siquiera en contratos con consumidores, nuestro sistema de vicios del consentimiento puede considerarse como una suerte de instrumento de justicia distributiva que compense sin más a favor de la parte débil del contrato una lesión en la equivalencia económica de las prestaciones que para ella resultase inesperada. Para MORALES MORENO (1978, 50), a través del requisito de la excusabilidad se aborda el problema de la justa distribución entre los contratantes del riesgo de error, de acuerdo con criterios éticos: tomando en cuenta y valorando la conducta de ambas partes contratantes.

En este punto, se diferencia el juicio de nulidad de una cláusula abusiva por falta de transparencia en los términos definidos por la STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013 en relación a las cláusulas suelo y la perspectiva desde la que se valora la concurrencia de error vicio. Mientras que en el primer supuesto lo relevante es la conducta del predisponente, en particular, la adecuación de la información proporcionada al parámetro de honestidad objetiva que representa la buena fe, en la valoración del vicio error, el centro de atención se sitúa en la persona de quien los sufre, pues no solo es preciso probar la concurrencia misma de un error, sino acreditar la excusabilidad de este error por parte de quien lo padece, si bien es cierto también, como a continuación se dirá, que en este juicio de excusabilidad influye decisivamente la información proporcionada por la otra parte. La concurrencia de error vicio requiere, por lo tanto, un plus respecto de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula por un defecto de transparencia: la diligencia del prestatario.

Jurisprudencialmente se ha señalado que en la apreciación de la diligencia exigible han de tenerse en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluidas las personales y no solamente las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante[14].

En la determinación del carácter excusable del error se valora por lo tanto la conducta de ambas partes: desde la perspectiva de quien lo padece su diligencia y desde la perspectiva de la otra parte su imputabilidad, esto es, su contribución a la causación del error por la falsa confianza que ha suscitado con su conducta o afirmaciones o por no colaborar como debiera en deshacer el error que ha padecido la otra parte[15]. La diligencia de quien padece el error y la imputabilidad del mismo a la otra parte, se ponderan de manera relacionada, de manera que si el error es imputable a la parte que no lo sufrió por haberlo provocado negligentemente, se rebaja el nivel de diligencia exigible a quien lo ha padecido y si hubiera sido provocado dolosamente, no importa la actuación negligente de quien lo padece, pues se estaría sin más en el ámbito del vicio de dolo (art. 1269 del Código Civil). Es la denominada tensión entre el deber de informar y el deber de informarse a la que se ha referido PASQUAU LIAÑO (2009, 2237 y 2238). En palabras de este autor, el requisito de la excusabilidad palidece cuando en función de las circunstancias del caso el error puede atribuirse más a la inobservancia del deber de informar o la inducción al error, que a la irresponsabilidad de quien lo sufre[16]. Esta relación entre la diligencia de quien sufre el error y la imputabilidad del mismo a la otra parte adquiere una gran relevancia cuando la causa del error ha sido la omisión de deberes de información precontractual que recaían en cabeza de uno de los contratantes, pues en este caso la imputabilidad del error a este, relaja el deber de diligencia en el correcto conocimiento de la realidad de quien lo sufrió. Al respecto, ha señalado VALPUESTA FERNÁNDEZ (2011, 650), que el incumplimiento de un deber de información deberá tenerse en cuenta para valorar el error padecido, principalmente en contratos con consumidores, en los que la defectuosa información o su falta puede hacer excusable el error, sobre todo cuando recae sobre materias complejas o muy especializadas cuyo conocimiento domina el profesional.

A pesar de lo anterior, no debería establecerse una suerte de principio general de excusabilidad a favor del prestatario que contrató préstamo en divisa, que opere como una amnistía purificadora del riesgo asumido en todos los casos. La excusabilidad tiene que valorarse caso por caso, atendiendo desde luego a la información recibida por el prestatario, pero también a sus condiciones subjetivas y en general a todas las circunstancias en las que se ha desenvuelto la contratación[17]:

— a) La información recibida por el consumidor sobre el riesgo intrínseco a la concertación de un préstamo en divisas.

Como ya hemos señalado, el cumplimiento de los deberes de información previstos tanto en la OM de 9 de mayo de 1994, en relación a los préstamos concertados con anterioridad a 29 de abril de 2012, como en la OM de 28 de octubre de 2011, puede no ser suficiente para que un prestatario sin conocimientos ni experiencia en el mercado de divisas adoptase su decisión de contratar un

préstamo en divisas con pleno conocimiento de causa sobre el verdadero alcance del riesgo de apreciación de la divisa con respecto al euro y su incidencia sobre el valor en euros de las obligaciones del prestatario de reembolso del capital y pago de intereses. Tampoco parece suficiente para que un prestatario medio tenga cumplida información sobre el riesgo que supone la fluctuación de la divisa y su repercusión sobre el aumento del capital que se ha de reembolsar, el hecho de que en la propia escritura de préstamo, en la cláusula relativa a la cantidad garantizada por la hipoteca se manifieste que se responde de una cantidad determinada en euros, comprensiva no solo del valor en euros del capital prestado en el momento de concertar el préstamo, sino de un 20% adicional para cubrir las posibles fluctuaciones de la divisa en que se cifra el préstamo, por lo que no estamos de acuerdo con la SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 25 de marzo de 2015, según la cual, la inclusión de esta cláusula en la escritura *«evidencia que los prestatarios eran conscientes del riesgo de que pudiesen producirse oscilaciones del tipo de cambio contrarias a sus intereses*». La SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 201999) incluso consideró que no resultaba prueba suficiente de la información precontractual proporcionada sobre la naturaleza y los riesgos del préstamo en divisas la inclusión en la escritura de préstamo de una cláusula por la que el prestatario reconocía que el préstamo se concertaba en divisas y asumía los riesgos de la variación de los tipos de cambio que se podían producir durante la vida del préstamo.

Una correcta información para estos prestatarios requeriría, como sí exige la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, una advertencia sobre la incidencia que el riesgo de fluctuación del tipo de cambio podría tener no solo sobre las cuotas periódicas, sino sobre el valor en euros del capital del préstamo, ilustrada con algún ejemplo representativo que hiciera referencia a un escenario hipotético de depreciación del euro respeto de la divisa y acompañada de información sobre la evolución histórica del tipo de cambio de la divisa en relación con el euro. Así, SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 5460) reprocha a la entidad financiera demandada que *«ninguna simulación ni ejemplos en cuanto a la información y las consecuencias derivadas del riesgo de fluctuación de la moneda y la paridad Yenes/Euros consta documentada y justificada».*

Pero a la espera de la transposición de la directiva 17/2014[18], cuando se trata de valorar la concurrencia de vicios de consentimiento en contratos de préstamos en divisas realizados con anterioridad, lo cierto es que estos deberes de información sobre el riesgo de fluctuación no resultaban a la fecha de realización de estos contratos exigidos en ninguna norma concreta sobre transparencia bancaria, lo que puede plantear el problema ya puesto de manifiesto en relación a las cláusulas suelo de la posible exigencia *«ex post»* de deberes de información no exigidos al tiempo de la celebración del contrato[19]. No obstante, la obligación de informar de manera suficiente sobre el riesgo

de fluctuación de la divisa para que el prestatario pudiera tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa podría considerarse como una exigencia implícita en el deber general de buena fe (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil) y, en contratos de préstamo con consumidores, del deber general de información precontractual del artículo 60 TR-LGDCU sobre las características principales del contrato y, en particular, (apartado 2. letra c) sobre el precio total, y en aquellos casos en los que no pudiera razonablemente calcularse de antemano, como ocurre en el supuesto de los préstamos en divisas, la forma en que se determina el precio.

Tal y como se ha puesto de manifiesto por la doctrina jurisprudencial relativa a las cláusulas suelo, la consecución del fin querido de un consumidor perfectamente informado sobre las prestaciones principales del crédito no depende de rigorismos formales, carentes en ocasiones de eficacia real, por lo que el deber de información no puede limitarse al cumplimiento de exigencias de transparencia mínimas previstas en normas de transparencia bancaria si estas se revelan insuficientes para que el prestatario pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de causa[20].

Por lo tanto, estamos en desacuerdo con la SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 107880) que no considera obligada a la entidad financiera a prestar información por escrito sobre el riesgo de fluctuación de la divisa por el hecho de que la hipoteca en divisas no es calificada como un producto de inversión o instrumento financiero sujeto a la Ley del Mercado de Valores y por no haberse invocado normativa alguna que impusiera esa información indeclinablemente. Por el contrario, nos parece más acertado el criterio del mismo órgano jurisdiccional expresado en la posterior SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 11 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 149965) que conecta la información necesaria para excluir el error vicio del consentimiento en un préstamo en divisas concertado con un consumidor con la obligación de información cierta, objetiva, veraz y suficiente sobre el precio sobre los productos del anterior artículo 13.1.d) Ley 26/1984 General Defensa Consumidores y Usuarios (actual art. 60.2.c) TR-LGDCU)[21] o el criterio de la SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 201999), según la cual, la inaplicación de la normativa MIFID —la citada Resolución, aun siguiendo la doctrina de la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 sobre la calificación de las hipotecas en divisas como productos de inversión, la considera inaplicable por tratarse de un contrato anterior a la fecha de transposición de la directiva producida por la Ley 47/2007— no exime a la demandada de ofrecer al cliente la información precisa para que comprenda el alcance del producto que ha de contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, con fundamento en el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe que se contiene artículo 7 del Código Civil (y en el artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos, PECL) y en el referido artículo 60 TR-LGDCU.

No obstante, no siempre que la información aportada sobre los riesgos no haya sido completa puede concluirse sin más que ha habido error excusable. La información precontractual no puede convertirse en el criterio de decisión único sobre la ineficacia o validez del contrato. Un prestatario que no haya sido informado —o que no pueda probarse que haya sido informado— del riesgo inherente a la contratación de un préstamo hipotecario en divisa, puede pese a ello conocer perfectamente dicho riesgo o puede que al menos debiera conocerlo empleando la diligencia media que le fuera exigible de acuerdo con sus condiciones subjetivas o con las circunstancias en las que se desenvolvió la contratación.

Por esta razón, el núcleo del juicio de excusabilidad del error sobre el riesgo real de la contratación de un préstamo en divisa será ciertamente la información aportada sobre dicho riesgo por la entidad financiera, pero no se agota ahí. Es preciso poner en relación la información aportada con las condiciones subjetivas del prestatario y con las circunstancias en las que se desenvolvió la contratación.

— b) Las condiciones subjetivas del prestatario:

La buena fe de la entidad financiera y su deber de diligencia en la comercialización de un producto especialmente arriesgado exige que tome en consideración cautelas en cuanto a la capacidad de entender el riesgo por el prestatario y la adecuación del producto a su perfil. Que la contratación de un préstamo en divisas no esté sujeta a la normativa MIFID, por no tratarse de un instrumento financiero en el sentido del artículo 2.2 TR-LMV y, por lo tanto, las entidades financieras en la comercialización de estos préstamos no estén obligadas a la realización del test de conveniencia (actual art. 214 TR-LMV, anterior art. 79.bis.7 LMV) o al de idoneidad para el cliente (actual art. 213 TR-LMV, anterior art. 79.bis.6 LMV), no quiere decir que no tuvieran que hacer indagaciones precisas sobre el perfil del prestatario, sobre su capacidad para conocer el riesgo inherente a este producto y adecuar, por lo tanto, la información a esa capacidad de entendimiento.

Entre las circunstancias subjetivas del prestatario que deben ser tomadas en consideración para determinar la excusabilidad del error, destacan su experiencia financiera y en el mercado de divisas o el asesoramiento con el que contaba o debería contar en ese ámbito[22]; su nivel de estudios y la profesión; o su aversión o propensión al riesgo, inferida de su trayectoria financiera o inversora previa, pues cabe suponer que un cliente de perfil conservador no contrataría un producto de esta naturaleza de haber conocido el alcance real del riesgo, razón por la que la entidad financiera debería extremar el celo en la información en este caso[23].

No estamos, por lo tanto, en absoluto de acuerdo con la afirmación contenida en la SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 107880), según la cual, *«la formación económico-financiera de los demandantes no resulta de relevancia atendida la extraordinaria sencillez del contrato y su comporta-*

miento en la práctica». Más adecuada por el contrario nos parece la afirmación vertida por el mismo órgano jurisdiccional en la SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 11 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 149965), en el sentido de que el préstamo en divisas *«precisa de una explicación amplia y detallada por parte de la entidad bancaria, con la finalidad de que la contratación del mismo se lleve a cabo de forma libre y voluntaria, permitiendo con ello descartar la concurrencia de «error en el consentimiento»* y la del AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 929), según el cual «*El modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa son de una importante complejidad para clientes minoristas sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros»*.

La ya mencionada STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 desestimó la demanda de anulación por vicio de consentimiento en un préstamo en divisas —a pesar de que lo había calificado como instrumento financiero sujeto a la normativa MIFID— por las especiales condiciones subjetivas de los prestatarios: abogado especialista en derecho bancario y ejecutiva[24]. Otros ejemplos son ofrecidos por Resoluciones de audiencias provinciales:

Así, la ya mencionada SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 11 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 149965), tomando en consideración la experiencia y los conocimientos del prestatario en materia financiera *(«diplomado en Ciencias Empresariales, licenciado por ICADE en Investigación y Técnicas de Mercado, es profesor internacional de Marketing en EAE Business School, ha sido director gerente de Leifheit AG y actualmente ostenta la dirección de ventas y marketing en el Parque Warner de Madrid; además, según el testigo D. Víctor, ha realizado operaciones de compra de valores en el mercado de Amsterdam, extremo admitido por el actor en el interrogatorio»)* concluye que la información aportada por la entidad financiera que consideró acreditada mediante la declaración testifical del empleado de la entidad que negoció la concesión del crédito y que consistió en una simulación y una explicación de las posibles fluctuaciones de la divisa resultaba suficiente para excluir en el caso concreto la concurrencia de vicio del consentimiento.

La SAP Madrid (Sec. 19.ª) de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 698) hace referencia *«a la locuacidad y conocimientos*» del demandado, empleado en un Registro de la Propiedad, que se evidenció *«a través de las comunicaciones dirigidas al banco»,* por lo que concluye que *«no hubo error de consentimiento, como tampoco la existencia de dolo omisivo por parte de la entidad bancaria pues el señor Jesús Luis conocía perfectamente la dinámica de los préstamos desde el ejercicio de su trabajo en el Registro de la Propiedad»*.

La SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 107880), pese a considerar irrelevante la formación económico financiera de los demandantes —lo que ya hemos criticado— no deja de tomar en consideración en su fundamentación que los prestatarios tenían un negocio de venta y reparación de

automóviles, *«hecho que desde luego revela hallarse versados en la práctica mercantil y comercial»*.

La SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 30 de septiembre *(RJ* 2015, 256062), que en cuanto que posterior a la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015, analiza la cuestión desde la perspectiva de la normativa MIFID por considerar que el préstamo en divisas es un instrumento financiero, considera que el producto es adecuado al perfil inversor del prestatario, tanto por su formación (licenciado en derecho y máster en administración de empresas), como por su ocupación (administrador de distintas sociedades mercantiles), como por su experiencia (disponía de cuatro cuentas en divisas), circunstancias que coadyuvan a concluir que conocía el funcionamiento del préstamo en divisas, lo que se confirma por la correspondencia vía email que mantuvo con empleados de la entidad antes de la formalización del préstamo.

Igualmente, la SAP Sevilla (Sec. 5.ª) de 31 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 197724) desestimó la pretensión de nulidad por error, al considerar que pese a no haber sido informados expresamente los prestatarios del riesgo de la contratación de un préstamo en divisas, debido a su formación (licenciados en arquitectura y en traducción e interpretación), debían conocer dicho riesgo, a partir de la lectura de la oferta vinculante y de las cláusulas de la escritura pública, a lo que se sumaba que el padre de uno de ellos que les recomendó la contratación de este tipo de préstamo era inversor habitual en banca privada.

Por el contrario, la SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 201999) sí consideró excusable el error de los prestatarios, porque su cualificación real (no la que constaba en el perfil profesional de una red social de uno de los prestatarios que se reveló falsa) no presupone en ellos conocimientos financieros suficientes como para hacerse una idea cabal de la naturaleza y riesgos de un producto complejo como este, ni los emails intercambiados con empleados de la entidad años después de la contratación del producto son reveladores de que conocieran sus riesgos en el momento de la contratación. Del mismo modo, la SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147) estimó que los prestatarios, por su profesión de profesores de secundaria de matemáticas y de química, no podían considerarse expertos en materia financiera, ni por lo tanto que fueran por sí mismos perfectos conocedores de los riesgos y de las características de las hipotecas en divisas sin una adecuada información[25].

— c) Las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato:

Especial relevancia cabe conferir al hecho de que en el momento mismo de la contratación la tendencia fuera de una depreciación de la divisa frente al euro. En este contexto, que el prestatario no tenía que interpretar como meramente coyuntural, era razonable que un contratante inexperto en este ámbito sin la debida perspectiva histórica sobre la fluctuación de los tipos de cambio, interpretase que el riesgo de apreciación de la divisa era de una intensidad

muy inferior a la real. Así lo ha puesto de manifiesto la SAP Barcelona (Sec. 15.ª) de 9 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 180303), para la cual a la vista de la información proporcionada, difícilmente pudo el prestatario ser consciente del riesgo que asumía *«sobre todo en un escenario en el que de modo constante a lo largo de varios ejercicios el franco suizo había perdido valor frente al euro»*.

Relevante también puede resultar que la iniciativa en la contratación de este producto procediera del cliente o de la entidad financiera o si, por el contrario, la contratación de la hipoteca en divisa fue una condición impuesta por la entidad financiera para la concesión del préstamo, prueba que compete al prestatario aunque sea consumidor [SAP Sevilla (Sec. 5.ª) de 31 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 197724) y SAP Vizcaya (Sec. 5.ª) de 10 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 119617)].

Otros actos anteriores a la celebración del contrato, como el intercambio de emails entre prestatario y empleados de la entidad financiera también pueden ser denotativos del conocimiento por parte de los prestatarios del riesgo intrínseco a los préstamos en divisas [SAP Vizcaya (Sec. 5.ª) de 10 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 119617)].

En definitiva, el juicio sobre la excusabilidad del error en la contratación de un préstamo en divisa es un juicio valorativo complejo que depende de la ponderación de una serie de circunstancias para llegar a la convicción de lo verdaderamente importante: el prestatario no conocía, ni podía conocer empleando la diligencia que le era exigible el riesgo inherente a este tipo de hipotecas y el impacto que podía llegar a tener la fluctuación de la divisa no solo sobre las cuotas periódicas de amortización de capital e intereses nominales, sino sobre el valor en euros del capital prestado que ha de restituir.

VIII. LA CONSECUENCIA DEL ERROR SOBRE EL RIESGO: LA POSIBLE NULIDAD PARCIAL

Los contratos realizados mediando vicio del consentimiento son anulables (art. 1301 del Código Civil), siendo la consecuencia del ejercicio de la acción de anulabilidad la ineficacia del contrato y la restitución recíproca de las prestaciones (art. 1303 del Código Civil). Por lo tanto, en caso de anularse un contrato de préstamo en divisas, la consecuencia sería el nacimiento a cargo del prestatario de la obligación de devolver la totalidad del capital inicialmente recibido en euros, incrementado con el interés legal del dinero y a cargo del prestamista la obligación de restituir las cantidades, valoradas en euros, efectivamente satisfechas por el prestatario en concepto de amortización de capital e intereses nominales y comisiones de cambio, cantidades incrementada también con el interés legal del dinero.

En consecuencia, la opción de anular el contrato, en muchas ocasiones, no es una opción razonable para el prestatario, puesto que tras la oportuna

compensación entre los dos créditos que nacen recíprocamente de la nulidad del contrato, tendría que restituir una importante suma de dinero de la que no siempre podría disponer.

Cabe cuestionarse entonces si es posible decretar solo la anulación parcial del contrato por vicio que afecte únicamente a la cláusula de fijación en una divisa del capital y de las obligaciones del prestatario y deje el resto del préstamo vigente como un préstamo hipotecario denominado en euros desde el primer momento, lo que conllevaría un recálculo del préstamo y la compensación con parte del capital pendiente de amortización de los excesos que hubieren sido pagados por el prestatario hasta la declaración de nulidad. En principio, cabría suponer que la nulidad parcial de un contrato es incompatible con la concurrencia de un error vicio, dada la exigencia de que el error sea esencial, esto es, que recaiga sobre el objeto y que además sea de tal magnitud que el contrato no hubiera sido celebrado de haberse conocido el error. Sin embargo, que el error sea esencial, en los términos del artículo 1266 del Código Civil, no quiere decir necesariamente que el contrato no pueda subsistir sin la parte afectada por el error por quedar sin alguno de sus elementos esenciales (art. 1261 del Código Civil), pues el error puede no afectar a todo su objeto, sino solo a una parte del mismo, sin dejar por ello de ser esencial[26].

Es lo que ocurre en el caso de la hipoteca concertada en una divisa extranjera que podría subsistir como un préstamo en el que el capital y las obligaciones del prestatario estén estipuladas en euros, en virtud del artículo 1170 del Código Civil, según el cual, no siendo posible el pago de las obligaciones dinerarias en la moneda pactada, se hará en la moneda que tenga curso legal en España. Además, cuando el préstamo hipotecario contiene la opción «multidivisa», en las propias condiciones del préstamo se dispondrá cuál será el tipo de interés nominal aplicable para el caso de que el préstamo quede fijado en euros. Consecuentemente, y sin necesidad de salir de los términos del propio contrato, es posible una autointegración del contenido contractual afectado por la nulidad. Así lo ha considerado la SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 201999) que declaró la nulidad parcial del contrato de préstamo en divisas por error, quedando este como un contrato realizado en euros desde el primer momento, cuyo tipo de interés sería el previsto en la propia escritura de préstamo para el caso de que se optase por convertir el préstamo a euros y cuyo saldo vivo sería el resultante de restar al capital inicial valorado en euros, el capital, también valorado en euros, que ya hubiera sido amortizado[27]. Igualmente, la SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 5460) declaró la nulidad parcial por ser los elementos afectados por la nulidad separables del resto del contrato y haber base para que «*aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad*».

No obstante, la cuestión de la posible subsistencia del contrato sin la cláusula de fijación del capital en divisas, como un contrato de préstamo recalculado

desde el inicio en euros, no es pacífica y alguna otra Resolución judicial, como la SJPI núm. 8 Oviedo de 5 de diciembre de 2014 *(JUR* 2014, 1876), excluyó la nulidad parcial por considerar que la subsistencia del préstamo sin el «clausulado multidivisa» como un préstamo en euros, más que suponer una integración del contrato sin la parte declarada nula implicaría obligar a la entidad demandada a hacer un contrato nuevo con un contenido impuesto judicialmente, lo que excede de los efectos propios de la nulidad del artículo 1303 del Código Civil.

Otra cuestión distinta es, que al margen de que pudiera ser «orgánicamente» posible la subsistencia del contrato sin la parte afectada por el error, la nulidad parcial del contrato de préstamo, convertido en un contrato desde su inicio en euros, sea una consecuencia razonable (criterio al que el *Draft Common Frame of Reference* condiciona la subsistencia del contrato sin la parte afectada por el vicio del consentimiento DCFR II-7:21), en el sentido de que las posiciones de ambas partes resultantes del contrato subsistente sin la parte declarada nula sean equitativas o, dicho en otros términos, que la nulidad parcial respete el fin contractual concreto perseguido por ambas partes[28]. No estamos de acuerdo en este punto con Resoluciones como la SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 5460) que hacen depender la nulidad parcial de una mera cuestión de «separabilidad» y «subsistencia de elementos esenciales del contrato», pues al margen de esa premisa obvia, la opción por la nulidad parcial requiere ser valorada en términos de razonabilidad o equidad.

La nulidad parcial supondría recalcular el préstamo, como si inicialmente se hubiera pactado en euros, aplicando el interés nominal que en el mismo contrato se estipula para el caso de conversión del préstamo a euros. De acuerdo con estas operaciones de recalculo, el cliente tendría derecho a la restitución de las cantidades pagadas en exceso a consecuencia de la apreciación de la divisa (art. 1303 del Código Civil) o a su compensación con parte del capital pendiente de amortización. Además, de cara al futuro se neutralizaría el riesgo de sucesivas apreciaciones de la divisa, efecto, este último, que sin necesidad de acudir a la nulidad podría conseguir actuando la conversión del préstamo a euros que le ofrece la opción multidivisa. En este sentido, la nulidad parcial del préstamo supondría trasladar el perjuicio que hasta el momento ha causado la apreciación de la divisa del prestatario que ha sufrido el vicio a la entidad financiera, lo que podría considerarse como una alteración importante del sinalagma contractual y de la finalidad del contrato, pues originariamente, la fijación del préstamo en divisas suponía un riesgo para el prestatario[29].

La cuestión sin embargo resulta compleja y no puede quedar zanjada definitivamente a favor de la nulidad total, puesto que podría esgrimirse a favor de la nulidad parcial del préstamo, reconvertido desde su inicio a euros, sobre todo en los casos en los que el prestatario sea un consumidor y el vicio del consentimiento sea imputable a una deficiente información de la entidad financiera, que la nulidad parcial coactiva, al margen de la voluntad hipotética de las partes en

el mantenimiento del contrato con la parte que queda en pie y al margen de la ponderación del equilibrio de las prestaciones resultante del contrato subsistente, es la consecuencia jurídica que mejor se adecua a la protección del consumidor[30]. En este sentido, en relación a la nulidad de las cláusulas abusivas, en la nueva redacción del artículo 83 TR-LGDCU dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TR-LGDCU, ha desaparecido como un supuesto de nulidad total del contrato el de que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de la posición de las partes, incluido en la redacción original del artículo 83 TR-LGDCU. Por eso, análogamente, se podría sostener que cuando el vicio del consentimiento sea imputable a la entidad financiera por falta de información y el prestatario fuese un consumidor la consecuencia habría de ser la subistencia del contrato sin la parte afectada por la nulidad, esto es, en el caso concreto de los préstamos hipotecarios concertados en divisas, como un préstamo reconvertido desde el inicio a euros.

La posición a favor de la nulidad parcial como solución que mejor protege al consumidor ha sido refrendada por la doctrina del TJUE en las STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13 Kásler *vs* OTP Jelzálogbank Zrt,) y STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y CaixaBank), que con carácter excepcional admiten una integración del vacío contractual dejado por la cláusula declarada abusiva (con anterioridad, la posibilidad de moderación judicial de la cláusula declarada abusiva o la integración del contrato con normas de derecho supletorio había sido considerada contraria a derecho comunitario por la STJUE 14 de junio de 2012 (asunto C/618-10, Banesto *vs* Calderón)), para el caso de que la declaración de nulidad de la cláusula obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de este modo a consecuencias de tal índole que representasen para él una penalización. Esta doctrina comunitaria, si bien formulada para el caso de la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas, podría trasladarse a otros supuestos de ineficacia, como el error vicio, cuando el afectado fuese un consumidor y el error resultara imputable al empresario o profesional por incumplimiento de sus deberes de información. La SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147) declara la nulidad parcial del contrato precisamente con apoyo en esta doctrina.

IX. LA CONFIRMACIÓN DEL ERROR SOBRE EL RIESGO DE FLUCTUACIÓN DE LA DIVISA

El contrato de préstamo hipotecario concertado en divisas mediando un error esencial y excusable, como contrato que da lugar a un supuesto de anulabilidad, puede ser confirmado expresa o tácitamente, en cuyo caso la acción de anulación quedará extinguida (art. 1309 del Código Civil).

La confirmación tácita requiere, por un lado, que el prestatario tuviera conocimiento de la causa de anulación del contrato, esto es, del verdadero riesgo que el préstamo en divisas supone no solo respecto a un posible incremento de las obligaciones periódicas de amortización de capital y pago de intereses ordinarios, sino sobre el valor en euros del capital prestado y, por otra parte, que el prestatario realizase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciar a anular el contrato (art. 1311 del Código Civil).

A partir de estos requisitos cabe plantearse si ciertos actos realizados por el prestatario durante la ejecución del préstamo pueden implicar una confirmación tácita del contrato de préstamo hipotecario en divisas viciado de error.

El hecho de que durante los primeros meses o años de vigencia del préstamo concertado en divisas la fluctuación del tipo de cambio haya sido favorable al prestatario, de tal manera que la cuota periódica de amortización de capital y pago de intereses ordinarios, valorada en euros, experimentase un descenso no implica necesariamente que de manera tácita haya confirmado el contrato, renunciando a ejercitar en lo sucesivo la acción de anulación, puesto que a pesar de esta fluctuación favorable del tipo de cambio, no tendría que conocer el auténtico riesgo que la fluctuación de la divisa representa sobre el valor en euros del capital del préstamo. Normalmente, el error del prestatario consistirá en desconocer que la fluctuación de la divisa puede afectar no solo a sus cuotas periódicas, algo que se entiende por asumido, sino que puede implicar un incremento del valor en euros del capital prestado que ha de reembolsar. Por lo tanto, una fluctuación favorable para el prestatario del tipo de cambio que suponga una disminución del valor en euros de las cuotas periódicas supone desde su perspectiva una materialización del desenvolvimiento normal del contrato, como también lo sería en sentido contrario un incremento del valor en euros de las cuotas periódicas por una depreciación del euro respecto de la divisa. Mientras no hubiera sido consciente del impacto favorable que la depreciación de la divisa tuviese en el capital prestado, por ejemplo, a través de una comunicación de la propia entidad, no tendría que conocer que en sentido contrario una apreciación de la divisa podría suponer un incremento del valor en euros del capital que tendría que devolver. Pero es más, aun conociendo el prestatario la causa del error, tampoco el pago de las cuotas mensuales de amortización de capital e intereses implica confirmación tácita en el sentido del artículo 1311 del Código Civil, pues el pago no es un acto del que se desprenda necesariamente la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, como ha señalado la SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147).

Tampoco la opción de convertir el préstamo a euros, aunque pueda presumirse que supone un conocimiento del riesgo real de fluctuación de la divisa, puede implicar sin más una confirmación tácita, en este caso, porque la conversión no es reveladora de manera inequívoca de la voluntad del prestatario de la renuncia a anular el contrato teniéndolo por válido, como exige el artículo 1311

del Código Civil, sino que no es más que un acto razonable del prestatario para evitar un perjuicio mayor. No cualquier acto realizado con posterioridad al conocimiento del vicio confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo[31].

Por la misma razón, tampoco la opción por no convertir el préstamo de la divisa a euros, una vez que se hubiera tenido conocimiento de la verdadera naturaleza y del riesgo del préstamo en divisas, implica de manera necesaria una renuncia a ejercitar la acción de anulación del contrato, puesto que el mantenimiento del préstamo en la divisa concertada, pese al perjuicio que hasta ese momento haya causado, puede deberse a un intento del prestatario de enjugar este perjuicio por una posible recuperación futura del euro frente a la divisa, como ha puesto correctamente de manifiesto la SAP Vizcaya (Sec. 5.ª) de 10 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 119617), trayendo oportunamente a colación la doctrina jurisprudencial restrictiva de la confirmación tácita de los negocios anulables expresada en la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015. Por esa razón, no estamos de acuerdo con la SAP Madrid (Sec. 9.ª) de 31 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 115572) que consideró confirmado el préstamo hipotecario en divisas suscrito por los actores por el hecho de que hubieran cambiado en dos ocasiones de divisas y porque se pactó una novación de las condiciones de amortización del crédito.

X. LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ERROR

La acción de anulación de un contrato por error está sujeta a un plazo de caducidad de cuatro años que según el artículo 1301.III del Código Civil, comenzará a computarse desde la fecha de consumación del contrato, lo que tratándose de un contrato de préstamo no tendría lugar hasta que se hubiese satisfecho la última cuota periódica de amortización de capital e intereses ordinarios[32]. Sin embargo, la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 ha introducido un importante cambio en cuanto al *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de anulación por vicio de error y dolo en las relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión de tracto sucesivo, en cuanto que entiende que la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo será el momento en que se pudo conocer el error, de manera análoga a lo previsto por el artículo 4:113 de los Principios de Derecho Contractual Europeo de los contratos, que considera como *«dies a quo»* «el momento en que la parte que anula el contrato haya tenido noticia de los hechos relevantes o hubiera debido tenerla[33].

Como ya hemos manifestado en relación a la confirmación tácita, no consideramos que el error sobre la naturaleza y el riesgo de los préstamos concertados en divisas se haya conocido por el hecho de que el valor en euros de las cuotas periódicas de amortización de capital y pago de intereses ordinarios haya experimentado un aumento o un descenso, en función de una evolución desfavorable o favorable al prestatario del tipo de cambio de la divisa, sino que los prestatarios han podido tomar conciencia de dicho error en el momento en que conocen el efecto que la fluctuación de la divisa ha tenido sobre el incremento del capital, como ha puesto de manifiesto la SAP Burgos (Sec. 3.ª) 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147), lo que puede acreditarse por la entidad que invoque la caducidad por el envío de e-mails por parte del prestatario en el que pida explicaciones a la entidad financiera respecto al aumento del capital debido o consejo respecto a que decisión adoptar ante este hecho o mediante el envío de comunicaciones por la entidad financiera en las que se informe de la fluctuación del tipo de cambio y del impacto que ha tenido sobre el capital. También cabe deducir este conocimiento del error por parte del prestatario por haber hecho uso de la opción de cambiar la divisa al euro.

No obstante todo lo anteriormente dicho, la seguridad jurídica requiere una cierta transitoriedad en la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial respecto del *dies a quo*, de manera que por aplicación de este nuevo criterio jurisprudencial no resulten caducadas de manera sorpresiva acciones de anulación que con arreglo a la norma legal del artículo 1301.III del Código Civil no lo estarían antes de la instauración de este nuevo criterio por mor de la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015. La referida doctrina jurisprudencial ha instaurado un cambio «cuasi-legislativo» en la interpretación del artículo 1301.III del Código Civil y las normas que introduzcan una modificación sobre prescripción o caducidad de las acciones no pueden aplicarse sin un régimen transitorio que garantice que no se privará del derecho a la acción a quien legítimamente podía confiar conforme al régimen anterior que seguía disponiendo de plazo para su ejercicio

Este régimen transitorio que habría que aplicar a la acción de anulación por vicio en contratos anteriores a la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 podría ser por analogía el que se deriva del artículo 1939 del Codigo Civil[34], en virtud del cual, *mutatis mutandis,* el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de una acción de anulación en contratos de tracto sucesivo, en los que se hubiera conocido el error antes del 12 de enero de 2015, se regirá por la interpretación del artículo 1301.III del Código Civil anterior a la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 —esto es, será la fecha de finalización del contrato por cumplimiento íntegro de las obligaciones periódicas— aunque la acción caducará, en todo caso, transcurridos cuatro años desde la instauración del nuevo criterio por la STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015, esto es,

a más tardar el 12 de enero de 2019 y, lógicamente, para los casos en los que el error se hubiera podido conocer solo con posterioridad a la fecha de esta jurisprudencia, jugará sin restricción la nueva regla instaurada.

CONCLUSIONES

I. La contratación de un préstamo hipotecario en moneda extranjera comporta un elevado riesgo para el prestatario, pues el importe del capital prestado que haya de restituir al prestamista, valorado en euros, dependerá de la fluctuación que durante el periodo de duración del préstamo tenga la divisa en la que se haya concertado el préstamo en relación al euro, lo que explica que en algunos casos, varios años después de haberse realizado el préstamo y pese a las sumas pagadas periódicamente por el prestatario, el capital del préstamo, valorado en Euros, sea superior al inicialmente recibido.

II. El error de un prestatario bien informado sobre su propia expectativa de evolución de la divisa es un error extrínseco al contrato e irrelevante. Por el contrario, el desconocimiento del prestatario por falta de información del riesgo real de los préstamos en divisas y del perjuicio patrimonial potencial que puede implicar la depreciación del euro frente a la divisa, sí podría dar lugar a un error vicio con trascendencia anulatoria si se cumplen los requisitos de esencialidad y excusabilidad.

III. Si bien la STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 calificó los préstamos en divisas como productos de inversión, sujetos por lo tanto en su comercialización a los deberes de información precontractual y evaluación previstos en la normativa del mercado de valores, lo cierto es que con posterioridad la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Plus *vs* Martón Lantos) cuestiona dicha calificación al considerar que no constituye un servicio de inversión las operaciones de cambio de divisas realizadas por las entidades financieras en el marco de un préstamo en divisas, por su carácter meramente accesorio en la ejecución del contrato de préstamo. En consecuencia, los préstamos en divisas no están sujetos en su comercialización a los deberes de conducta previstos por la normativa del mercado de valores (MIFID), ni resulta de aplicación al caso la Jurisprudencia desarrollada en relación a los productos de inversión, según la cual el incumplimiento de los deberes de información y evaluación permite presumir la existencia de vicio del consentimiento.

IV. Los deberes de información sobre el riesgo propio de los préstamos en divisas previstos en la normativa sectorial sobre transparencia bancaria resultan claramente insuficientes para que el prestatario medio pudiera tener un conocimiento real sobre el riesgo intrínseco a este tipo de operaciones, como pone de manifiesto las medidas informativas más exigentes requeridas por la

Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencia. En consecuencia el cumplimiento de los deberes precontractuales de información previstos en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y de 28 de octubre de 2011, por sí mismo no enerva la posible anulación del contrato por error vicio.

V. El error sobre el riesgo de fluctuación de la divisa, en cuanto que repercute sobre la cuantía de la obligación de restitución de capital y pago de intereses recae sobre el objeto del contrato de préstamo y es esencial si además ha sido determinante por tener relevancia causal en la prestación del consentimiento.

VI. La excusabilidad del error sobre el riesgo real de los préstamo concertados en divisas depende de un juicio valorativo complejo en el que se habrá de tener en cuenta principalmente la información proporcionada sobre dicho riesgo al prestatario en la fase precontractual, pero también su formación y experiencia financiera, así como las demás circunstancias concurrentes en el momento de la realización del contrato, para llegar a la conclusión de que el prestatario no conocía, ni podía conocer empleando la diligencia que le era exigible el riesgo inherente a este tipo de préstamos.

VII. La consecuencia natural de la concurrencia de error vicio es la nulidad total del contrato. Más problemática resulta la opción de la nulidad parcial, pese a ser la más favorable al consumidor, porque desde un punto de vista «orgánico» es difícil justificar la subsistencia del contrato sin la parte afectada por el vicio como un contrato concertado desde el principio en euros y además porque la subsistencia del contrato como un préstamo hipotecario concertado desde su inicio en euros resultaría difícilmente compatible con el fin contractual concreto perseguido por ambas partes.

VIII. La fluctuación favorable para el prestatario del tipo de cambio de la divisa, que hubiera supuesto en un primer momento de la vida del préstamo una disminución del valor en euros de las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario, no implica necesariamente que aquel conozca el riesgo real que, en sentido contrario, una depreciación de la divisa pudiera tener sobre el capital que ha de restituir y, por consiguiente, la aceptación de esta situación no implica *per se* una confirmación tácita en el sentido del artículo 1311 del Código Civil.

VIII. El *«dies a quo»* del plazo de caducidad de cuatro años de la acción de anulación será, conforme al nuevo criterio jurisprudencial establecido por la STS (Sala Primera) de 12 de diciembre de 2015 el momento en que hubiera tenido el prestatario conocimiento de error, si bien la aplicación de este nuevo criterio requiere una cierta transitoriedad para evitar que sorpresivamente hayan caducado acciones de anulación que estuvieran vivas conforme al criterio estipulado por el artículo 1301.III del Código Civil de la fecha de consumación del contrato.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C/618-10, Banesto *vs* Calderón)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11, Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos)
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13 Kásler *vs* OTP Jelzálogbank Zrt)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y CaixaBank)
- STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14, Banif Plus *vs* Martón Lantos)

TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA):

- STS (Sala Primera) de 4 de diciembre de 1986
- STS (Sala Primera) de 26 de febrero de 1987
- STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 1987
- STS (Sala Primera) de 23 de octubre de 1989
- STS (Sala Primera) de 18 de febrero de 1994
- STS (Sala Primera) de 28 de septiembre de 1996
- STS (Sala Primera) de 27 de febrero de 1997
- STS (Sala Primera) de 1 de febrero de 2002
- STS (Sala Primera) de 8 de julio de 2002
- STS (Sala Primera) de 3 de junio de 2003
- STS (Sala Primera) de 12 de noviembre de 2004
- STS (Sala Primera) de 22 de mayo de 2006
- STS (Sala Primera) de 13 de febrero de 2007
- STS (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2009
- STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2010
- STS (Sala Primera) de 13 de marzo de 2011
- STS (Sala Primera) de 25 de noviembre de 2011
- STS (Sala Primera) de 21 de noviembre de 2012
- STS (Sala Primera) de 9 de mayo de 2013
- STS (Sala Primera) de 20 de enero de 2014
- STS (Sala Primera) de 15 de julio de 2014
- STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015
- STS (Sala Primera) de 23 de abril de 2015
- STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015
- STS (Sala Primera) de 11 de mayo de 2016
- STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2016

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Madrid (Sec. 19.ª) de 18 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 17959)
- SAP Madrid (Sec. 25.ª) de 28 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 19297)
- SAP (Sec. 19.ª) de 5 de febrero de 2015 *(JUR* 698, 2015)
- SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 107880)
- SAP Asturias de 6 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 112351)
- Auto AP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 929)
- SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 11 de mayo de 2015 *(RJ* 2015, 149965)
- SAP Madrid (Sec. 11.ª) de 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 201999)
- SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 30 de septiembre de 2015 *(RJ* 2015, 256062)
- SAP Barcelona (Sec. 19.ª) de 19 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 5460)
- SAP Alicante (Sec. 6.ª) de 26 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 141916)
- SAP Vizcaya (Sec. 5.ª) de 10 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 119617)
- SAP Madrid (Sec. 13.ª) de 28 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 115865)
- SAP Madrid (Sec. 9.ª) de 31 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 115572)
- SAP Sevilla (Sec. 5.ª) de 31 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 197724)
- SAP Burgos (Sec. 3.ª) de 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147)
- SAP Valladolid (Sec. 3.ª) de 30 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 183799)
- Auto AP Madrid (Sec. 12.ª) de 7 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 124929)
- SAP Murcia (Sec. 5.ª) de 28 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 185430)
- SAP Barcelona (Sec. 15.ª) de 9 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 180303)

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 8 Oviedo de 5 de diciembre de 2014 *(JUR* 2014, 1876)
- SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 42691)
- SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 42689)

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A. (2015). Incorrección del Tribunal Supremo sobre Hipotecas en Divisas: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CERS (Committee of European Securities Regulators) y la Comisión Europea. *Centro de Estudios de Consumo UCLM,* www.uclm.es/centro/cesco, 18 de octubre de 2015.

ALBIEZ DOHRMANN, K.J. (1994). La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato. En *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato, (Cuadernos de Derecho Judicial)*. Madrid: Consejo General Poder Judicial.

ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2015). Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 17/2014. En: S. Díaz Alabart (Dir.) y M.ª T. Represa

Polo (Coord.) *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, 105 a 126.

CAÑIZARES LASO, A. (2001). *La caducidad de los derechos y acciones,* Madrid: Civitas.

CARRASCO PERERA, A. (2010). *Derecho de Contratos,* Navarra: Thomson-Aranzadi.

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. (2013). *El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación*. STS de 9 de mayo de 2013. Centro de Estudios de Consumo UCLM, www.uclm.es/centro/cesco, septiembre de 2013.

DE CASTRO Y BRAVO, F. (2008). *Derecho Civil de España, Volumen III. El negocio jurídico y la persona jurídica,* (reedición), Madrid: Civitas.

DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN (2005). *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica,* Madrid: Dikynson.

GARCÍA VICENTE, J. R., Comentario al artículo 1301 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil,* Navarra: Thomson-Aranzadi.

JEREZ DELGADO, C. (2011). *La anulación del contrato,* Navarra: Civitas.

MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Qucios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos,* T.1, (2.ª ed.).Valencia: Tirant lo Blanch, 597 a 746.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2013). Delimitación del error en los contratos de SWAP. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil,* núm. 130/2013, 293 a 308.

MORALES MORENO, A.M., (1978). Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (versión electrónica disponible en Vlex). Madrid: Edersa.

PASQUAU LIAÑO, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad de los contratos,* Madrid: Civitas.

— (2009). Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En M. Pasquau Liaño (Dir.), K. J. Albiez Dohrmann y A. López Frías (Coords.) *Jurisprudencia Civil Comentada,* 2.ª Ed. Granada; Comares

QUICIOS MOLINA, S., La ineficacia contractual. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Qucios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos, T.1,* (2.ª ed.).Valencia: Tirant lo Blanch, 1361 a 1591.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (2011). Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández (Dirs.), *Código Civil comentado,* Navarra: Thomson-Aranzadi.

NOTAS

[1] En concreto, dispone la referida STS (Sala Primera) de 30 de junio de 2015 que *«Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se*

deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo». En términos similares, define el riesgo propio de estos préstamos hipotecarios las Conclusiones del Abogado General Nils Wahl de 12 de febrero de 2014 (asunto C-26/13 Kásler vs OTP Jelzálogbank Zrt), *«El presente asunto se inserta en el contexto de la oferta de contratos de crédito al consumo denominados en moneda extranjera. La utilización de este tipo de contratos, que constituye una práctica relativamente corriente en determinados Estados miembros de la Unión Europea y que,* prima facie, *puede ser atractiva para los prestatarios por el tipo de interés, inferior al que generalmente se aplica, ha resultado ser problemática para muchos particulares como consecuencia de la crisis financiera internacional de finales de los años 2000, debido a la fuerte depreciación de determinadas monedas respecto de la moneda extranjera de referencia (en particular, el franco suizo). Estos particulares se han visto en la obligación de devolver cuotas, expresadas en moneda nacional, significativamente superiores a aquellas que habrían debido abonar si se hubieran calculado sobre la base del tipo de cambio histórico, aplicable en el momento de desembolso del préstamo. Las dificultades observadas han sido de tal magnitud que, de manera indirecta, el sector bancario de determinados Estados miembros se ha visto considerablemente afectado».*

[2] ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., (2015), Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 17/2014. En: S. Díaz Alabart (Dir.) y M.ª T. Represa Polo (Coord.) *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios*. Madrid: Reus, p. 109, señala en el mismo sentido que —dado el carácter aleatorio del contrato, el conocimiento de dichos riesgos es necesario para poder tener una idea aproximada del posible devenir futuro de la operación, que puede implicar un mayor endeudamiento para el consumidor—.

[3] Previamente, la STS (Sala Primera) de 21 de noviembre de 2012, en relación a la anulación por vicio de un contrato de permuta financiera o SWAP de tipo de interés, ya había distinguido entre el error sobre la expectativa de evolución del «aleas» y el error por desconocimiento sobre la naturaleza y el riesgo intrínseco a la operación. Certeras, al respecto, son las palabras de MARTÍNEZ ESCRIBANO, C., (2013), Delimitación del error en los contratos de SWAP. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 130/2013, pp. 293 a 308, en el comentario a la referida Sentencia, *«En un contrato aleatorio, la confianza de que el aleas evolucione en un determinado sentido y después ocurra lo contrario no puede entenderse como error que haya viciado el consentimiento. Sin embargo, una conducta motivada por un dolo omisivo de la otra parte, que proporcionó una información defectuosa, tal vez sí podría llegar a entenderse como vicio del consentimiento, si quedara suficientemente acreditado».*

[4] También el considerando cuarto de la Directiva alude a los riesgos de los préstamos en moneda extranjera *«algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban».*

[5] El AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 929), enjuició el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación del préstamo en divisas en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque fuese a modo de *«óbiter dicta»,* puesto que esta pretensión de nulidad de la «cláusula multidivisa» era subsidiaria a la pretensión de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria por nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado estimada por dicho auto. También en un procedimiento de ejecución

hipotecaria el AAP Madrid (Sec. 12.ª) de 7 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 124929), de una manera sorprendente, consideró que la cláusula «multidivisa», así como la estipulación sobre el índice de referencia aplicable, no superaban los requisitos de incorporación al contrato del artículo 5 de la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación. Ya en un procedimiento declarativo, la SAP Murcia (Sec. 5.ª) de 28 de junio de 2016 *(RJ* 2016, 185430) también enfocó la cuestión de la falta de información desde la perspectiva de la nulidad de cláusulas abusivas.

[6] Sin embargo la SAP Barcelona (Sec. 15.ª) de 9 de julio de 2016 *(RJ* 2016, 180303) consideró nula por abusiva por falta de transparencia la cláusula que establecía que obligaba al prestatario a mantener la paridad entre el euro y el franco suizo, de manera confusa y enmascarada entre otras cláusulas financieras, de tal manera que la cláusula no permitía que el prestatario fuera consciente de los efectos que la oscilación de la divisa tendría sobre la determinación del principal en euros. La consecuencia fue la anulación de la cláusula en cuestión y la realización de una nueva tabla de amortización como un préstamo concertado desde el inicio en euros.

[7] Así, por ejemplo, las STS (Sala Primera) de 20 de enero de 2014, STS (Sala Primera) de 15 de julio de 2014, STS (Sala Primera) de 23 de abril de 2015, STS (Sala Primera) de 11 de mayo de 2016 y STS (Sala Primera) de 17 de junio de 2016.

[8] SAP Madrid (Sec. 19.ª) de 18 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 17959), SAP Madrid (Sec. 25.ª) de 28 de noviembre de 2014 *(RJ* 2014, 19297), SAP Madrid (Sec. 10.ª) de 25 de marzo de 2015 *(RJ* 2015, 107880), SAP (Sec. 19.ª) de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 698, 2015). Por el contario, sí calificó un préstamo hipotecario en divisas como producto de inversión la SAP Asturias de 6 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 112351) —si bien, pese a ello, desestimó la pretensión de responsabilidad, que no de anulación del contrato, formulada— y el AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 929).

[9] La calificación del préstamo en divisa como instrumento financiero derivado ha sido criticada por AGÜERO ORTIZ, A., (2015), Incorrección del Tribunal Supremo sobre Hipotecas en Divisas: no son instrumentos financieros complejos, como han reiterado el CERS (*Committee of European Securities Regulators)* y la Comisión Europea. *Centro de Estudios de Consumo UCLM,* (www.uclm.es/centro/cesco), 18 de octubre de 2015, entre otros argumentos, porque no existe en la hipoteca en divisas derivado ni activo subyacente alguno, ya que la divisa no actúa como activo subyacente, sino como determinante del objeto principal del contrato de préstamo y añade, que *«Para que pudiera aceptarse que la hipoteca multidivisa constituyera un derivado financiero, el quántum del préstamo debería estar fijado en euros, con una obligación adicional de restituir en referencia (ahora sí) a otra divisa (activo subyacente) que determinará el importe final a restituir y el importe de la cuota mensual, produciéndose liquidaciones positivas o negativas a favor del prestatario en función de las fluctuaciones de dicha moneda. Sin embargo, esto, sencillamente, no es así».*

[10] Conviene tener presente que la redacción de este precepto se modificó por la disp. final primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación supervisión y solvencia de entidades de crédito, en un sentido totalmente contrario a su anterior redacción, *«Las obligaciones de información y registro contempladas en los artículos 79 bis y 79 ter anteriores serán de aplicación a los servicios de inversión que se ofrezcan como parte de otros productos financieros, sin perjuicio de la aplicación a estos últimos de su normativa específica, especialmente aquella relacionada con la valoración de los riesgos y los requisitos de información a suministrar a los clientes»,* redacción coincidente con la del actual artículo 219 RDL 4/2015.

[11] Aclara la STJUE de 3 de diciembre de 2015 que el asunto es distinto al del litigio principal que dio lugar a la STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11, Genil 48 y Comercial Hostelera de Grandes Vinos), que en ese caso sí se refería a un instrumento financiero de futuros, concretamente una permuta o *«swap»* de variación de tipo de interés de un préstamo hipotecario (párrafo 73).

[12] La SAP Alicante (Sec. 6.ª) de 26 de enero de 2016 *(RJ* 2016, 141916), considera la expresión manuscrita como una medida de protección especialmente reforzada dentro del denominado control de transparencia.

[13] La fórmula prevista en el modelo normalizado que han de emplear las entidades prestamistas, según el Anexo II de la Directiva 17/2014 es: *«Por ejemplo, si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuyera en un 20 % con respecto al/a la [moneda del crédito], el valor de su préstamo aumentaría a [insértese el importe en la moneda nacional del prestatario]. El incremento podría ser incluso superior si el valor del/de la [moneda nacional del prestatario] disminuye en más del 20%»*.

[14] STS (Sala Primera) de 18 de febrero de 1994, STS (Sala Primera) de 12 de noviembre de 2004 y STS (Sala Primera) de 22 de mayo de 2006.

[15] SSTS (Sala Primera) de 28 de septiembre de 1996, STS (Sala Primera) de 3 de junio de 2003. Como ya dijera MORALES MORENO, A. M., Comentario al artículo 1266 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* (Dir. por Albaladejo y Díaz Alabart, versión electrónica disponible en Vlex), Madrid, 1978, p. 51, «la imputabilidad del error a la parte contraria, imputación que no ha de ser necesariamente dolosa, constituye un criterio determinante de la relevancia del error».

[16] Como ha advertido QUICIOS MOLINA, S., Cap. 9. La ineficacia contractual, en *Tratado de Contratos* (Dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Coords. N. Moralejo Imbernón, S. Quicios Molina), Valencia, 2.ª Ed., 2013 p. 1419, no es necesario para compensar la negligencia de la parte que sufrió el error que la otra parte haya incurrido en dolo, sino que basta que haya coadyuvado al error. Igualmente, la STS de 13 de febrero de 2007.

[17] Nos parecen acertadas respecto a la relación entre incumplimiento de deberes de información precontractual y error respecto del riesgo de los préstamos en divisas las palabras de la SAP Madrid (Sec. 11.ª) 22 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 20199), que transcribimos *«el incumplimiento del deber de información si bien en sí mismo no conlleva el error vicio en el consentimiento, si permite, junto con el perfil y experiencia del cliente en materia de productos financieros complejos, presumir que aquel no estuvo debidamente formado y fue emitido con desconocimiento de elementos esenciales del contrato y de sus riesgos potenciales, al basarse en suposiciones o percepciones inexactas, sin que tales carencias les sean imputables, máxime cuando las disposiciones legales que regulan la contratación en el ámbito de estos productos financieros imponen a la otra parte contratante el deber esencial de informarle con carácter previo sobre la naturaleza, objeto, funcionamiento y riesgos inherentes al producto que se va a concertar»*.

[18] Hay un Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario de 26 de julio de 2016, del Ministerio de Economía y Competitividad, que quitándose el problema de encima, en su artículo 5 remite la regulación de la información precontractual sobre los denominados «créditos inmobiliarios» a una ulterior reglamentación que se dicte por el Ministerio de Economía y Competitividad.

[19] CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E. (2013), El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013. *Centro de Estudios de Consumo UCLM*, www.uclm.es/centro/cesco, septiembre de 2013, p. 12.

[20] Siguiendo la jurisprudencia sobre la nulidad de las cláusulas suelo por una falta de transparencia, el AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 929), enjuiciando el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación en divisas en un procedimiento de ejecución hipotecaria, aplicando dicha jurisprudencia a los préstamos en divisas, considera tal cláusula nula porque «*no se hace referencia alguna al riesgo de fluctuación de las monedas, siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013, tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo»,* ni tampoco *«existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del LIBOR, en relación con el Euribor en el momento de contratar»*. De la misma manera, la SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 42689) ha

dispuesto que «*Una adecuada información sobre las características y riesgos del producto a comercializar implican la posibilidad de acreditar documentalmente por parte de la entidad demandada por ejemplo, la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, sobre la conveniencia de suscribir el producto; la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; nada de esto se ha acreditado en el presente supuesto, no existe documentación alguna que acredite una mínima labor de información por parte de la entidad demandada*» y la SJPI núm. 6 Badalona 3 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 42691) que «*No consta que se hiciera simulación alguna de cómo afectaría al capital y a la cuota hipotecaria al producirse una hipotética situación de depreciación del euro frente al yen u otra divisa, de tal modo que el prestatario pudiera conocer la verdadera carga económica que ello le podía suponer*».

[21] Igualmente, el AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 929).

[22] MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013), Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Qucios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos* (2.ª ed.).Valencia: Tirant lo Blanch, p. 648, señala que la condición de profesional o experto en la materia es relevante, puesto que en este caso la diligencia exigible para desvanecer el error es superior a la normal, aunque también hay que tomar en consideración si quien sufrió el erro contó con el asesoramiento de letrados.

[23] En contra del criterio aquí sostenido ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., (2015), Préstamos hipotecarios en moneda extranjera y su regulación en la Directiva 17/2014, *op. cit.*, pp. 113 y 114, considera «perniciosa» esta «subjetivización» de la solución del error vicio en función del grado de conocimiento del prestatario y que la misma información pueda ser reputada suficiente si el prestatario es un profesional del ramo y ser en cambio determinante de un vicio si el consumidor no tiene formación ni preparación alguna en esta materia. No estamos de acuerdo con la citada autora, puesto que el juicio de excusabilidad del error no se centra solo en la conducta del obligado a informar, sino también en la diligencia de quien ha padecido el error y esta diligencia tiene que valorarse de una manera dinámica en función de sus condiciones subjetivas.

[24] Dispuso en concreto la referida Sentencia que «*La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente*».

[25] Por su parte, la SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 42689) consideró que la hipoteca en divisas era un producto claramente inadecuado al perfil conservador de la prestataria y la SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 42691) consideró relevante para estimar la existencia, además de la ausencia de información explícita sobre el riesgo de las hipotecas en divisas, que el prestatario fuese florista y que no constase que tuviera conocimientos financieros previos, ni que hubiese contratado previamente productos bancarios de riesgo.

[26] De hecho, el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR art. II-7:213) ha previsto como consecuencia natural de la concurrencia de un vicio del consentimiento que afecte solo a una parte del contrato la anulación parcial, salvo que teniendo en cuenta todas las circunstancias, no sea razonable mantener el resto del contrato. La anulación parcial por error cuando este recae solo sobre una parte del objeto del contrato, se ha admitido, si bien excepcionalmente, por ejemplo, en la STS de 10 de abril de 2001 *(RJ* 2001, 2027) en relación a un exceso de superficie que se había consignado erróneamente en el contrato. De la misma manera, en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación (publicado en el

Boletín de Información del Ministerio de Justicia de enero de 2009), en el artículo 1309.2, expresamente se extiende la consecuencia de la nulidad parcial a los casos de «anulación», cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 1309.1 En nuestra doctrina, se ha decantado a favor de la admisibilidad de la anulabilidad parcial, LÓPEZ FRÍAS, A., Clases de nulidad parcial del contrato en el derecho español, *ADC,* 1990, núm. 43-3, p. 865. En contra, MORALES MORENO, A. M., (1978), Comentario al artículo 1266 del Código Civil. En: M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (versión electrónica disponible en Vlex). Madrid: Edersa, p. 18, sostiene que la nulidad por error ha de ser la nulidad total, con exclusión de la nulidad parcial, apoyándose en las STS (Sala Primera) de 4 de diciembre de 1986 y STS (Sala Primera) de 26 de febrero de 1987, si bien admite conveniente utilizar la nulidad parcial en caso de dolo.

[27] En concreto, el fallo de la referida Sentencia fue «*Declaramos que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandados es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado (270.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de 270.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro (EURIBOR)»*. También, el AAP Valencia (Sec. 6.ª) de 30 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 929), enjuiciando el contrato de préstamo en divisas desde la perspectiva del carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que hacen referencia a la concertación del préstamo en divisas en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria, consideró que «*La inaplicación de la cláusula multidivisa es perfectamente posible, como lo es también la subsistencia del préstamo con obligación de pagar intereses, pues en este caso, lo que pretende la apelante es que se resuelva que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referido a euros, resultante de disminuir al importe prestado en euros la cantidad amortizada hasta la fecha en euros tanto como principal como para intereses»*. Igualmente ha declarado la nulidad parcial la SJPI núm. 2 Las Palmas de Gran Canaria de 30 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 42689), la SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 42691), la SAP Madrid (Sec. 13.ª) 28 de marzo de 2016 *(RJ* 2016, 115865) y la SAP Burgos (Sec. 3.ª) 5 de abril de 2016 *(RJ* 2016, 107147), entre otras.

[28] ALBIEZ DOHRMANN, K.J., (1994), La repercusión de la nulidad dentro y fuera del contrato. En *El negocio jurídico. La ineficacia del contrato,* (*Cuadernos de Derecho Judicial).* Madrid: Consejo General Poder Judicial, p. 84, hace alusión a la persistencia de un valor práctico para los contratantes, en relación con los fines que les llevaron a contratar. QUICIOS MOLINA, S., La ineficacia contractual. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), N. Moralejo Imbernón y S. Qucios Molina (Coords.), *Tratado de Contratos,* T.1, (2.ª ed.).Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1.450, señala que el criterio para resolver la opción por la nulidad total o parcial ha de ser la situación equilibrada en que queden las respectivas posiciones de las partes sin la cláusula nula, con apoyo en la STS (Sala Primera) 8 de julio de 2002 que declaró la nulidad total de la transacción realizada como consecuencia de la ineficacia de la estipulación a favor de tercero establecida, pues el mantenimiento de la validez del resto de las estipulaciones generaba desequilibrios entre las partes. En un sentido similar, CARRASCO PERERA, A., (2010) Derecho de Contratos, Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 702, considera que la nulidad total procede «si a la parte afectada por la nulidad no se le puede imponer en equidad el resto del contrato, que, por ello mismo, se presume que no hubiera consentido en su contra». La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, en su artículo 1309.1 dispone que la nulidad de alguna estipulación comportará la de todo el contrato cuando «quede esencialmente frustrada la causa según los criterios de la buena fe».

[29] En este sentido, ha dispuesto la SJPI núm. 8 Oviedo de 5 de diciembre de 2014 *(RJ* 2014, 1876), que *«las partes quisieron un préstamo multidivisa, en especial la demandante que es quien lo solicita. Y no se considera posible mutar un contrato que ha tenido unas especiales particularidades, en otro que es completamente distinto».*

[30] Argumento al que se refiere para justificar la nulidad parcial de la hipoteca en divisas la SJPI núm. 6 Badalona de 3 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 42691).

[31] En este sentido, tal y como expresa DE CASTRO Y BRAVO, el adverbio «necesariamente» contenido en la formulación del artículo 1311 del Código Civil, reclama la existencia de un «enlace preciso y directo» entre la conducta seguida y la voluntad confirmatoria, similar al exigido para acreditar un hecho por presunción en virtud del artículo 1253 del Código Civil (actual 386 de la LEC), DE CASTRO Y BRAVO, F., (2008) *Derecho Civil de España, Volumen III. El negocio jurídico y la persona jurídica,* (reedición), Madrid; Civitas, p. 514.

[32] Es dudoso si este plazo ha de ser de prescripción o caducidad. Considero, con la doctrina mayoritaria, que es un plazo de caducidad, pues quien sufre el vicio tiene la potestad de anular, lo que de otra manera sería válido y, por lo tanto, con este plazo está en juego la seguridad del tráfico jurídico, así, p. ej., entienden que el plazo es de caducidad por estar en juego la seguridad del tráfico jurídico, CAÑIZARES LASO, A., (2001) *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid: Civitas, pp. 152 y 153; PASQUAU LIAÑO, M., (1997), *Nulidad y anulabilidad de los contratos,* Madrid: Civitas, p. 206; JEREZ DELGADO, C, (2011), La anulación del contrato, Navarra: Civitas, pp. 141 y 142. Por el contrario, conciben el plazo del artículo 1301 del Código Civil como de prescripción, DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN, (2005) *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica,* Madrid: Dickynson, pp. 117 a 124 y GARCÍA VICENTE, J. R., Comentario al artículo 1301 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Navarra: Thomson-Aranzadi, pp. 9253 y 9254, tesis esta última que también es la mayoritariamente asumida por la Jurisprudencia, STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 1987; STS (Sala Primera) de 23 de octubre de 1989; STS (Sala Primera) de 27 de febrero de 1997 y STS (Sala Primera) de 1 de febrero de 2002. La más reciente STS (Sala Primera) de 12 de enero de 2015 ha eludido pronunciarse sobre la cuestión, al ser planteada *«ex novo»* en sede casacional la naturaleza del plazo del artículo 1301 del Código Civil, como plazo de caducidad.

[33] El momento en que se conoció o debió haber conocido el error como *«dies a quo»* del plazo para anular el contrato también es el criterio que siguen otros textos de *«soft law»,* como los Principios Unidroit (art. 3.2.11), el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR artículo II-7:211), así como la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código Civil (art. 1304 del Código Civil). Este es el criterio seguido también por el Code Civil francés (art. 1314), el BGB alemán (§ 124.2), el Código Civil suizo (art. 31), el Código Civil portugués (art. 287.1) o el Codice Civile italiano (art. 1442).

[34] Al artículo 1939 del Código Civil también acude el régimen transitorio previsto para la reciente modificación del plazo general de prescripción para el ejercicio de las acciones personales del artículo 1964 del Código Civil de 15 a 5 años por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su Disposición Transitoria 5.º, sobre el «régimen de prescripción aplicable a las relaciones ya existentes», remite a dicho precepto, en virtud del cual «la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código (de la Ley 42/2015 habría que entender ahora) se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuera puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción surtirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo.

(Trabajo recibido el 18-10-2016 y aceptado para su publicación el 14-11-2016)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La sucesión abintestato del Estado en el País Vasco

The intestate succession of the State in the Basque Country

por

ALBERTO QUINTANA DAIMIEL

Abogado del Estado

RESUMEN: La entrada en vigor de la Ley 5/2015 de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, supone la supresión de la sucesión abintestato en favor del Estado en el País Vasco, y, consecuentemente, la extensión de la delación en favor de su Administración General autonómica a territorios no aforados, los cuales, nunca tuvieron esta especialidad. Analizamos la cuestión en relación con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de competencias civiles.

ABSTRACT: The entry into force of Law 5/2015 of 25 June, Basque Civil Law, supposes the abolition of succession abintestato in favor of the State in the Basque Country, and, consequently, the extension of the allegation in favor of its Administration General Autonomous to non-surveyed territories, which never had this specialty. We analyze the issue in relation to the recent jurisprudence of the Constitutional Court in matters of civil jurisdiction.

PALABRAS CLAVE: Sucesión abintestato. País Vasco. Jurisprudencia. Delación. Competencia. Vecindad civil. Heredero. Constitución.

KEY WORDS: Intestate succession. Basque Country. Jurisprudence. Denouncement. Competence. Civil abode. Heir. Constitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL VASCO Y EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA CIVIL; ANÁLISIS DEL CONFLICTO.—III. RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Existen algunos supuestos en el tráfico jurídico sucesorio donde la Administración Pública pasa a ser titular de los bienes del causante. Incluso puede tratarse de casos de gran trascendencia patrimonial, por lo que no resulta ocioso ocuparse de a qué Administración Pública concreta puede corresponder la adquisición, gestión y distribución de tales bienes hereditarios, habida cuenta de la coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico civil, junto con el Derecho común, Derechos civiles forales o especiales[1].

Tradicionalmente, la doctrina ha justificado tal llamamiento en base a tres ideas fundamentales. Una idea de soberanía, que determina la regla de que, existiendo bienes vacantes, deben atribuirse al Estado, como se hace con los llamados bienes «mostrencos»[2]. Otra basada en el principio de seguridad jurídica, que permita dar continuidad a las relaciones patrimoniales de los que mueren sin sucesión, y finalmente, el respeto a la voluntad presunta del causante, al suponer que fue voluntad de este dejar la herencia a instituciones de carácter benéfico o asistencial[3].

Como es sabido, en síntesis, en defecto de testamento y faltando parientes con derecho a suceder «*ab intestato*» (parientes colaterales hasta el cuarto grado *ex* art. 954 del Código Civil), el artículo 956 del Código Civil defiere la herencia al Estado, el cual, tras la Constitución, ya no se identifica necesariamente con la Administración Central, la cual subsistirá, no obstante, como adjudicataria abintestato para los territorios de Derecho Común, si no que ha de entenderse como un llamamiento referido también, en este punto, a otras Administraciones Autonómicas, cuyos derechos civiles han asumido desde hace tiempo competencias en la materia[4].

Así pues, en Cataluña en tales bienes hereditarios sucede la Generalidad de Cataluña (art. 442-12 del Libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio), en Navarra, la Comunidad Foral Navarra (art. 304.7 de la Compilación 1/1973 de DCF de Navarra[5]), en Aragón, la Comunidad Autónoma, sin perjuicio del privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia (arts. 535 y 536 del RDLTR 1/2011 de 22 de marzo)[6]. La Comunidad

Valenciana tiene atribuidas competencias en materia de abintestatos en virtud del artículo 71.1 c) de su Estatuto de Autonomía, así como del artículo 43.3 de su Ley de Patrimonio Cultural 4/1998 de 11 de junio, desarrollada por el Decreto 47/2013 de 5 de abril. En Galicia sucede igualmente, en estos casos, la Comunidad Autónoma (art. 267 de la Ley 2/2006 de 22 de junio).

En el País Vasco, antes de la reforma objeto de este estudio, sucedían las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos según el artículo 73 de la extinta Ley 1/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco. Pues bien, es respecto de esta última Comunidad Autónoma donde la derogación de su anterior Ley Foral y la promulgación de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante LCV), que deroga la anterior ley sobre la misma materia, ha provocado un conflicto competencial con el Estado (central) en materia de abintestato, especialmente en su ámbito subjetivo de aplicación de aquella.

II. EL NUEVO CÓDIGO CIVIL VASCO Y EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA CIVIL; ANÁLISIS DEL CONFLICTO

La existencia de especialidades forales en materia Civil en el País Vasco, al igual que en otros territorios de España, es una cuestión histórica, no controvertida, que goza de protección constitucional (art. 149.1.8 CE) y cuyo análisis histórico no es objeto del presente estudio. No obstante, este régimen de protección Foral, tiene un ámbito bien acotado, puesto que la Constitución lo circunscribe a lo que reconoce literalmente como la «conservación, modificación y desarrollo» de las especialidades o instituciones civiles históricas, lo que impide la creación *«ex novo»* de un Derecho Civil propio, allí donde nunca existió, que es precisamente lo que ha ocurrido con la LCV y que constituye el origen del conflicto que estudiamos.

Y no se trata de una cuestión baladí. Recientemente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril, que desarrollaremos más adelante, ha declarado inconstitucionales los preceptos de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. Dicha Ley se apartaba del Derecho común, al establecer el régimen de separación de bienes como el régimen económico matrimonial supletorio de primer grado, en lugar de la comunidad de bienes, que rige en todo el territorio de Derecho Común.

Una situación similar es la que se produce, *mutatis mutandi,* con el conflicto competencial abierto con la entrada en vigor de la mencionada ley de LCV, en lo referente a la sucesión abintestato en favor del Estado, que, si el Tribunal Constitucional no lo remedia, vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad, supondrá la supresión para el Estado de esta delación en el País Vasco, y, consecuentemente, la extensión de la sucesión abintestato en favor de la Admi-

nistración General del País Vasco, a territorios no aforados, los cuales, nunca tuvieron esta especialidad.

La sucesión intestada a favor de la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad civil del causante, era una previsión establecida en el Libro I de la derogada Ley 3/1992, y solo tenía acogida en el Derecho Civil Foral de Vizcaya, a cuya regulación dedicaba dicho Libro I. El artículo 73, decía que en la sucesión ab intestato, a falta de colaterales, será llamada la Diputación Foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad del causante.

Así las cosas, durante la vigencia de dicha Ley, se produce una situación de coexistencia entre dos Administraciones en materia de abintestato: por una lado, los causantes vascos aforados, nacidos en los que tradicionalmente se conoce como el Infanzonado o Tierra Llana[7], que es el ámbito subjetivo del Fuero Civil de Vizcaya, cuya herencia se gestiona y atribuye a la Diputación Foral de Vizcaya; y, por otro lado, los causantes vizcaínos sin derecho foral propio, cuya herencia abintestato y sin colaterales, corresponde al Estado, según lo ordenado por el artículo 956 del Código Civil[8].

Como hemos avanzado, dicha coexistencia desaparece con la nueva Ley Vasca, la cual crea por primera vez un concepto de vecindad civil (vasca) que se extiende a todos los habitantes del territorio[9]. La concreción de las consecuencias de tal extensión en la materia que nos ocupa, viene dada por el artículo 117, donde se señala que en defecto de personas llamadas legalmente a la sucesión, sucederá en todos los bienes la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La explicación dada a la creación de tal vecindad civil, la encontramos en la Exposición de Motivos de la LCV, donde se pretende presentar como imprescindible la creación de una vecindad común y a la vez compatible con la vecindad local, para instituciones especiales.

La cuestión se centra en determinar si tal innovación supone o no una extralimitación del marco de competencias que, en materia civil, pueden asumir las CCAA, de conformidad con la interpretación que la jurisprudencia del TC viene haciendo del artículo 149.1.8 de la CE[10].

Podemos fijar, como punto de partida, la integración armoniosa con la Constitución que la propia Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, (como ocurre con otros Estatutos de Autonomía), establece, en esta materia, en su artículo 10.5 que la CA asumirá competencias exclusivas en materia civil foral, circunscribiéndolas a su «conservación, modificación y desarrollo»[11]. Dicho artículo está en sintonía literal con el mencionado artículo 149.1.8 de la CE, lo cual ha de ser necesariamente así, ya que todo el Ordenamiento jurídico español ha de encontrar en la Constitución Española la razón de su unidad.

Por ello, dice nuestro Tribunal Constitucional, que los Estatutos pueden y deben interpretar la Constitución al ejercer la función atributiva de competencias

a la correspondiente Comunidad Autónoma que la Constitución les reconoce en el artículo 147.2 d), aunque, de acuerdo con la posición de subordinación a la Constitución sin quebrantar en ningún caso el marco del artículo 149.1 CE[12].

Ya anteriormente, el TC, en relación con la interpretación de la DA1.ª de la CE, venía advirtiendo que los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos[13].

La aplicación de la doctrina expuesta a la materia civil, ha sido objeto de pronunciamientos periódicos y recientes del TC. El equilibrio buscado consiste en determinar cómo armonizar constitucionalmente la distribución de competencias en materia civil, de forma que se reconozcan las instituciones civiles históricamente propias y su «conservación, modificación y desarrollo», sin que por ello se menoscabe la competencia exclusiva del Estado en la materia.

Presupuesto lógico indispensable del reconocimiento y protección del derecho foral o especial, es que tenga preexistencia. Ese es el sentido que expresa literalmente el propio artículo 149.1.8 de la CE, al subordinar la protección al Derecho civil foral o especial al requisito expresado literalmente como *«allí donde existan»*. De no ser así, superaríamos el ámbito de la mera conservación y desarrollo de instituciones civiles propias, para pasar a reconocer la creación de nuevo derecho civil por parte del legislador autonómico, lo cual afectaría a una competencia exclusiva del Estado. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril, recuerda la jurisprudencia constitucional vigente, que coincide con lo expuesto, y que nosotros sintetizamos, desde dos puntos de vista:

- Desde el punto de vista territorial, el TC recuerda que la expresión *«allí donde existan»* referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa *ex* artículo 149.1.8 CE, alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (STC) o a la entrada en vigor de la Constitución, sin que sea lícito, remontarse a cualquier otro momento anterior[14].
- Desde el punto de vista material, se dispone que *el* contenido de la competencia está siempre vinculado a la «conservación, modificación y desarrollo» de ese Derecho civil foral o especial previamente existente. De modo pues que, esos concretos términos empleados por la Constitución, son los que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico[15].

Ante esta situación, nos preguntamos, ¿ha de entenderse que el supuesto de inconstitucionalidad por la creación de derecho civil *ex novo* en una Comunidad Autónoma, se refiere o abarca también el supuesto de la extensión del Derecho

civil foral preexistente en un territorio a otro territorio no aforado con anterioridad (aunque sea dentro de la misma Comunidad Autónoma)?

Interpretando *contrario sensu* la doctrina expresada, podríamos obtener una fácil respuesta: Allí donde no se acredite la previa existencia de un Derecho civil propio, no alcanzará la protección constitucional, es decir, si un territorio nunca ha sido aforado, no tiene instituciones civiles que conservar, modificar o desarrollar, ni tampoco el legislador autonómico podría crearlas, sin invadir con ello la competencia exclusiva del Estado en materia civil.

Ni siquiera acudiendo al amparo de la palabra *«desarrollo»* del Derecho civil propio sería, a nuestro juicio, posible tal actuación a tenor de la propia Jurisprudencia del TC. Efectivamente, dice con acierto nuestro TC que la Constitución permite que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos.

Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios[16].

En suma, desde un punto de vista objetivo, encontramos una limitación evidente a la regulación autonómica del derecho civil en la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil histórico, que no puede extenderse, como es sabido, más allá de lo que se conoce como «instituciones conexas». Desde un punto de vista subjetivo, el reconocimiento del derecho foral a determinados ciudadanos o comunidades, exige la previa existencia del mismo para dichos habitantes de un territorio histórico.

En el caso que nos ocupa, existe el derecho histórico de la Diputación Foral de Vizcaya (o ahora, si se quiere, de la Comunidad Autónoma vasca) de ser llamado como heredero abintestato, pero solo respecto de aquellos ciudadanos a los que se extiende materialmente o les corresponde un derecho histórico, no respecto de aquellos que nunca gozaron de especialidades forales, puesto que, respecto de estos, en dichos territorios lo que ocurre es que se crea un nuevo derecho donde antes no existía, desplazando al derecho del Estado, el cual, pierde una competencia civil y desaparece —una vez más—, a estos efectos, en el País Vasco.

Así las cosas, nos resta analizar los casos que afectan al derecho intertemporal, puesto que estamos ante un supuesto que está empezando a plantearse muy poco a poco. Respecto de las muertes acaecidas con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la LCV, la norma material sucesoria aplicable, no puede ser otra que la vigente en el momento del fallecimiento del causante a tenor del

artículo 9.8 del propio del Código Civil. Por esta razón, acaecido el fallecimiento del causante con anterioridad al 3 de octubre de 2015, la herencia correspondería al Estado, y si la muerte del causante es posterior a esa fecha, la Comunidad Autónoma vasca sería la heredera abintestato, en este estado de cosas[17]. Dicha situación, como hemos dicho ya, supone la supresión final progresiva de las herencias abintestato en la Comunidad Autónoma vasca, lo cual vulnera nuestra Constitución y su sistema de reparto de competencias en materia civil.

III. RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

La cuestión suscitada en este artículo no ha pasado inadvertida, ya que la posible disonancia con la Constitución del artículo 117 de la Ley Civil Vasca ha sido también tratada como tal de modo oficial entre el Estado y la Comunidad Autónoma Vasca. A este efecto, y para salvar la discrepancia de forma negociada, se creó la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de acuerdo con el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

En su virtud, se publicó en el BOE la Resolución de 11 de enero de 2016, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo en relación con la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, firmado 15 de diciembre de 2015. Su tenor literal es el siguiente, que transcribimos en su integridad:

> *«En relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 117 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, dictado en virtud del artículo 10.5 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, ambas partes consideran que el mismo ha de interpretarse en el marco de la regulación que, sobre la declaración de heredera abintestato de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se contempla en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. 2.—En razón al acuerdo alcanzado ambas partes coinciden en considerar resueltas las discrepancias manifestadas en relación a la disposición contemplada en este Acuerdo y concluida la controversia planteada».*

No parece, sin embargo, que tal Acuerdo pueda resolver del todo, a nuestro juicio, la discrepancia existente. La Ley 15/2015 de 2 de julio, reguladora de la Jurisdicción Voluntaria, reformó la aludida Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003, de 3 de noviembre, en la presente materia. Así, el apartado 6 del artículo 20 de la misma dispone que la sucesión legítima de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas se regirá

por dicha Ley, el Código Civil y sus normas complementarias o las normas de Derecho foral o especial que fueran aplicables.

Se crea el procedimiento administrativo que sustituye la anterior declaración judicial, al decirse en el precepto que cuando a falta de otros herederos legítimos con arreglo al Derecho civil común o foral sea llamada la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas, corresponderá a la Administración llamada a suceder en cada caso efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato, una vez justificado debidamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otros herederos legítimos.

También se añade una nueva disposición adicional vigésima cuarta a la Ley de Patrimonio vigente, que se limita a indicar que la declaración como herederas abintestato de las Diputaciones forales de los Territorios Históricos del País Vasco se realizará por la Diputación Foral correspondiente.

Tales artículos recogen una regulación genérica de la posibilidad de ser declarado el Estado o la CA como herederos abintestato, así como la regulación del procedimiento administrativo para su declaración como tales, sustituyendo la anteriormente necesaria resolución judicial, lo cual no es objeto de debate, por ser meramente una consecuencia de la titularidad de la competencia, que es lo controvertido en este caso.

No encontramos en los preceptos trascritos solución alguna para poder superar la vulneración constitucional, por lo que el asunto bien parece haber sido cerrado en falso. La Ley de Patrimonio vuelve a remitirse, en este punto, a la ley foral, es decir, a la nueva LCV, que mientras no sea impugnada, sigue vigente, por lo que nos quedamos como estábamos, sin declararlo expresamente. Esto es, el Acuerdo nos remite a la LPAP, la cual nos reenvía a la LCV.

Con ánimo de terminar aportando algún dato positivo, conviene abordar también el tema desde un punto de vista práctico, puesto que el destino de los bienes, con independencia de quien los herede y gestione, seguirá, en su distribución, la misma estructura que el Código Civil, al atribuirse la herencia, por terceras partes, al municipio y a la Diputación Foral de la última residencia del causante y a la CA del mismo. Si bien es cierto que el artículo 117 de la LCV no lo menciona expresamente, suponemos, y es de esperar, que dichos fondos irán a parar, igualmente, a instituciones benéficas o de acción social, de modo análogo a lo que establece el artículo 956 del Código Civil.

IV. CONCLUSIONES

I. Se trata de una cuestión controvertida pues la regulación actual choca frontalmente con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de competencia civil.

II. La cuestión ha dado lugar a la formación de una Comisión Bilateral de Cooperación, a fin de tratar de resolver la cuestión sin tener que dar lugar al planteamiento de recursos de inconstitucionalidad.

III. La Resolución aprobada en el seno de tal Comisión, no resuelve el tema de manera definitiva.

IV. Al margen del cambio de Administración delacionada, el régimen de distribución de los bienes hereditarios, seguirá la misma estructura que el artículo 956 del Código Civil.

ÍNDICE DE SENTENCIAS DEL TC

- STC 123/1984, de 18 de diciembre
- STC 94/1985 de 29 de julio
- STC 76/1988, de 26 de abril
- STC 28/2012, de 1 de marzo
- STC 81/2013, de 11 de abril
- STC 121/1992, de 28 de septiembre
- STC 88/1993, de 12 de marzo
- STC 31/2010, de 28 de junio

BIBLIOGRAFÍA

DE LOS MOZOS, J.L. (1965). La sucesión *ab intestato* en favor del Estado, publicada en el *Anuario de Derecho Civil de 1965*, 393-434.

TOMÁS Y VALIENTE, F. (1966). La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes, publicado en el *Anuario de Historia del Derecho español de 1966*, 189-254.

NOTAS

[1] Es el caso, por ejemplo, del zaragozano don Elías Martínez Santiago, que tras muchos avatares, supuso finalmente la mayor herencia abintestato para la Diputación General de Aragón y que fue valorada en 23 millones de euros [*vid*. el art. de M.V.V (2012) *La sustanciosa herencia de las Américas,* en la versión digital de EL PERIÓDICO DE ARAGÓN de 21 de abril de 2012, disponible en http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/aragon/sustanciosa-herencia-americas_751136.html]. Tal acontecimiento provocó la creación en 2001 de la Junta de Distribución de Herencias. El 20 de julio de 2016, se repartió el último millón de euros, después de que tal herencia financiara diversas obras sociales, entre ellas dos residencias de ancianos, una en el barrio zaragozano llamado Torrero y otra en la localidad de Utebo.

[2] Esta posición doctrinal se recogió en la llamada «Ley de Mostrencos», de 16 de mayo de 1835, y su doctrina confirmada, tras las dudas generadas por la promulgación del Código Civil, en la Ley de Patrimonio del Estado de 1964 (aprobado su articulado por Decreto 1022/1964,

de 15 de abril), y en su sucesora, la actual Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 33/2003 de 3 de noviembre (art. 17, Inmuebles vacantes).

[3] Obras clásicas en la materia son TOMÁS Y VALIENTE, F. (1966), La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes, publicado en el *Anuario de Historia del Derecho español de 1966*, pp. 189-254, y DE LOS MOZOS, J.L, (1965) La sucesión ab intestato en favor del Estado, publicada en el *Anuario de Derecho Civil de 1965*, pp. 393-434.

[4] Tal llamamiento hunde sus raíces, según algunos, en el propio Derecho Romano. En nuestro Derecho ya se encontraba regulado en Las Partidas de Alfonso X «El Sabio»; así se decía que «*E si por auentura, el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, entonce heredará todos sus bienes la Camara del Rey» (Ley VI, Título XIII, Partida VI*). La redacción actual de los artículos 956 y 957 del Código Civil son el producto de la reforma introducida, en el texto originario de 1889, por el RDL de 13 de enero de 1928, que limitó los colaterales hasta el cuarto grado e introdujo una nueva distribución de los bienes.

[5] Artículo recientemente modificado por la Ley Foral 10/2016 de 1 de julio, de actualización del régimen regulador de la sucesión legal a favor de la Comunidad Foral navarra. Esta ley actualiza la regulación Foral de la materia, adaptándola a las novedades introducidas en la LPAP 33/2003 de 3 de noviembre, por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de julio. Básicamente, la declaración de heredero abintestato deja de ser un procedimiento residenciado en la vía judicial, para convertirse en un procedimiento administrativo, y se regula de manera diferente el destino de los bienes, que pasan a sumarse a la asignación tributaria del 0,7 % del IRPF, que los Navarros destinan a otros fines sociales, en la partida correspondiente, de los presupuestos de la Comunidad Foral de Navarra.

[6] Artículos reformados, igualmente, por la Ley Autonómica 3/2016 de 4 de febrero. Con esta Ley se integra en la regulación, en este caso para la CCAA de Aragón, lo previsto en el nuevo 20.6 de la LPAP (reformado por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 5/2015 de 2 de julio) creando el nuevo el procedimiento administrativo de declaración de heredero abintestato.

[7] Así, el artículo 5: *Este Fuero, como legislación civil propia del Territorio Histórico de Vizcaya, rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana*.

[8] El artículo 6 de la misma ley, precisa el ámbito subjetivo del Derecho Común en Vizcaya: *«Con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao. El territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general, salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero»*.

[9] Así lo expresa su artículo 10, cuando se dice que *«el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca»*.

[10] Reproducimos, para facilitar el análisis, el extracto correspondiente del artículo 149.1.8 de la CE: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (…) 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»*.

[11] Literalmente, dispone dicho precepto que «*La Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva en las siguientes materias: (…) 5. La Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral y especial, escrito o consuetudinario propio de los Territorios Históricos que integran el País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia*.

[12] STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 10, a propósito del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana 2006.

[13] Según las Sentencias del TC estudiadas; STC 123/1984, de 18 de diciembre (FJ 3.º); STC 94/1985 de 29 de julio, (FJ 6.º) STC 76/1988, de 26 de abril (FJ 4.º).

[14] STC 28/2012, de 1 de marzo, (FJ 3); STC 81/2013, de 11 de abril, (FJ 4); STC 121/1992, de 28 de septiembre, (FJ 1) STC 88/1993, de 12 de marzo, (FJ 1); STC 31/2010, de 28 de junio, (FJ 76).

[15] Y esta doctrina se ha reiterado igualmente en la STC 88/1993, de 12 de marzo, (FJ 1.º)*;* STC 156/1993, de 6 de mayo, (FJ 1); STC 31/2010, de 28 de junio, (FJ 76), y STC 4/2014, de 16 de enero, [FJ 4 e)].

[16] Así lo recuerda la STC 156/1993, de 6 de mayo, (FJ 1.º); STC 88/1993, de 12 de marzo (FJ 3.º); STC núm. 127/1999, de 1 de julio, FJ 4.º.

[17] Se fija la fecha del 3 de octubre de 2015 en razón a que la Disposición Final de la LCV dispone que *«La presente ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del País Vasco»*. Confirma este criterio el hecho de que la Ley no tiene ningún régimen transitorio ni se dispone que tenga eficacia retroactiva con lo que serían de aplicación analógica las disposiciones transitorias del Código Civil. Sobre este extremo, la DT 12.ª del Código Civil dispone: *«Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior»*.

(Trabajo recibido el 27-12-2016 y aceptado para su publicación el 13-1-2016)

La suerte del Derecho civil valenciano tras los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional

The Fate of the Valencian Civil Law after the recent decisions of the Spanish Constitutional Court

por

ALEJANDRO VALIÑO ARCOS

Catedrático de Derecho Romano de la Universitat de València

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto el análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional a propósito de la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar sobre derecho civil. Se revisan los distintos pronunciamientos habidos hasta la fecha y, en especial, los más recientes, que han traído consigo la declaración de nulidad de las Leyes de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley de Parejas de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana (únicamente en sus aspectos estrictamente civiles); y la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, dictadas al amparo de la nueva configuración dada a la competencia por la Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana acometido en 2006. También se estudian los votos particulares emitidos por el Magistrado José Antonio XIOL RÍOS con ocasión del pronunciamiento de las tres Sentencias. El autor se muestra conforme con la interpretación que el Tribunal Constitucional ha sentado a propósito de los límites constitucionales para el ejercicio de la competencia y, en consecuencia, con los que delimitan la capacidad normativa de la Generalitat Valenciana en este campo.

ABSTRACT: This paper analyses the doctrine of the Spanish Constitutional Court regarding the Generalitat Valenciana"s competence to legislate on Civil Law. The author exams the different decisions until now, specially the most recents, which have avoid the Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, the Ley de Parejas de Hecho Formalizadas and the Ley de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, all of them from the Comunidad Valenciana. Also the author analyses the dissident vote of the Judge Mr. José Antonio XIOL RÍOS and shows his compliance with those sentences, which have established the constitutional boundaries regarding the competence to legislate in Comunidad Valenciana.

PALABRAS CLAVE: Derecho civil foral. Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas. Fueros de Valencia. Derecho consuetudinario. Declaración de inconstitucionalidad.

KEY WORDS: Civil Law. Foral Law. Regional Law. Unconstitutional provisions. Competence to legislate. Costumary law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA NACIENTE COMPETENCIA ESTATUTARIA PARA LEGISLAR SOBRE DERECHO CIVIL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—III. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL TRAS LA REFORMA ESTATUTARIA DE 2006.—IV. UNA NOTA CRÍTICA SOBRE LA INVOCACIÓN A LOS FUEROS DE VALENCIA EN EL TEXTO ESTATUTARIO.—V. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO A LA LUZ DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. Sentencia 82/2016, de 28 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional. 2. Sentencia 110/2016, de 9 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional. 3. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional. 4. El voto particular del Magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS a las tres Sentencias: una nota crítica.—VI. CONCLUSIONES: PERSPECTIVA DE FUTURO PARA EL DERECHO CIVIL VALENCIANO.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace unas décadas, el derecho foral valenciano, con los Fueros de Valencia a la cabeza, era considerado un vestigio histórico, una reliquia del pasado, que representaba la tradición jurídica del Reino de Valencia a partir de

la primitiva *Costum de València* con el arribo del Rey Conquistador Jaime I. No extraña, por ello, que el derecho foral valenciano haya sido objeto de estudio principalmente por historiadores del Derecho[1]. Sin embargo, de un tiempo a esta parte los Fueros de Valencia han cobrado una dimensión mucho más actual. Ya no son solo un vestigio de épocas pretéritas, cuyo estudio puede servir para conocer mejor la historia del pueblo valenciano, sino que se han convertido en un icono, en un exponente más sobre el cual construir lo que bien podría llamarse «la idiosincrasia de los valencianos» a modo de hecho diferencial que permita alcanzar las cotas de desarrollo estatutario y de autogobierno de que se viene haciendo gala en otras comunidades autónomas. Si a veces la Historia es denostada como algo caduco y trasnochado, como algo que urge superar de una vez por todas, otras, en cambio, se erige en instrumento de legitimación, en un elemento de reivindicación a partir del cual poder promover un cambio. Y esta función instrumental en los tiempos que corren, no sin ciertos tintes de romanticismo, le viene que ni anillo al dedo a los Fueros de Valencia dentro del contexto del ejercicio de la competencia legislativa de las Cortes Valencianas en materia de derecho civil desde la promulgación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana[2].

II. LA NACIENTE COMPETENCIA ESTATUTARIA PARA LEGISLAR SOBRE DERECHO CIVIL A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Conviene recordar ahora, siquiera sea someramente, cuáles son las razones para esta renovada y reforzada emersión de los Fueros de Valencia tras la reforma estatutaria del año 2006, que ha impulsado la actividad legislativa de las Cortes Valencianas en materia de derecho civil desde el año 2007. La Constitución Española dispone en su artículo 149.1.8.ª que el «Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». La Disposición Adicional Primera del texto constitucional señala también que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Respetuosa con el dictado constitucional, la Comunidad Valenciana hacía suya dentro de las limitaciones constitucionales (conservar, modificar, desarrollar) la competencia para legislar en materia de derecho civil en el artículo 32.1 de su Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio: «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano». Cierto es que por en-

tonces, todo el mundo era consciente de la pérdida de los Fueros y del agravio que los valencianos sufrieron frente a catalanes, aragoneses y mallorquines. De ello se hará eco más tarde el Tribunal Constitucional en su Sentencia 121/1992 al decir que es «notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común». De todos los reinos de la antigua Corona de Aragón, el de Valencia fue el único que no recuperó con carácter general su derecho propio, del que fue despojado de un plumazo y de forma traumática hasta el punto de haberse convertido, no solo los Fueros, sino también su pérdida, en una constante identitaria[3]. Tan es así que los valencianos nunca cesaron en su reivindicación, bien sea a través de diversas iniciativas institucionales[4], bien sea conservando de forma muy limitada una práctica negocial conforme con la tradición foral[5].

Precisamente fue esta idea la invocada por el legislador autonómico valenciano para el estreno del ejercicio de la competencia estatutaria a través de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos. Después de calificar en su Preámbulo al Derecho foral de «desaparecido», de «borrado de golpe, al menos sobre el papel, por los Decretos de Nueva Planta», subrayaba que «no obstante lo anterior, consuetudinariamente y en la práctica habitual y cotidiana, quedaron al menos vestigios o retazos del antiguo régimen foral, en buena medida amparados por el sistema de libertad de pactos y de formas que históricamente ha caracterizado el Derecho Castellano»[6]. Entre estos vestigios se contaba el contrato de arrendamiento rústico, que subsistía en la Vega de Valencia todavía en los siglos XIX y XX con peculiaridades y especialidades frente a los contratos de idéntica naturaleza propios del derecho común. En consecuencia, concluía el Preámbulo, «la Comunidad Valenciana puede legislar sobre arrendamientos rústicos en la medida en que cabe apreciar la existencia de un derecho consuetudinario especial». Era, por tanto, la Comunidad Valenciana la que proclamaba que el ejercicio de la competencia habría de discurrir forzosamente por la senda de la positivización de un derecho consuetudinario, cuya vigencia habría de acreditarse en cada caso concreto.

Cuestionada, sin embargo, la constitucionalidad de la Ley por sostenerse la inexistencia en territorio valenciano de un derecho foral o especial propio, hace veinticinco años el Tribunal Constitucional señalaba que dentro de la expresión "derechos civiles, forales o especiales" había de comprenderse, «no solo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos»[7]. Con

semejante razonamiento, si bien salvaba el Tribunal Constitucional la primera manifestación del ejercicio de la competencia legislativa en materia civil de las Cortes Valencianas, al mismo tiempo la encorsetaba extremadamente para el futuro[8], pues decía complementariamente el Tribunal Constitucional en idéntica Sentencia que «la competencia exclusiva que allí (art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de 1982) se atribuye a la Generalidad en orden a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano» no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma, siendo notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada (la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos de la Generalitat Valenciana), ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común»[9]. De esta forma, el ejercicio de la competencia legislativa venía a desencadenar una mutación cualitativa del derecho civil valenciano dentro de la jerarquía de fuentes, puesto que «mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el anterior Derecho consuetudinario especial valenciano cambia pues de naturaleza, adquiriendo sus normas la condición de Derecho legislado de aplicación preferente, en su ámbito propio, respecto del Derecho civil común (art. 149.3 de la Constitución y arts. 13 a 16 del Código Civil), y esa es precisamente la finalidad de la Ley impugnada (la de los Arrendamientos Históricos Valencianos): dar rango de Ley especial a reglas que hasta su adopción no habrían tenido existencia sino como costumbres de mera aplicación supletoria».

En consecuencia, el criterio del Tribunal Constitucional es que la competencia legislativa sobre derecho civil[10], foral o especial, de las Comunidades Autónomas, además de estar prevista estatutariamente, ha de referirse al derecho vigente, sea compilado o de raigambre consuetudinaria, al tiempo de la promulgación y entrada en vigor de la Constitución[11]. Y esa competencia legislativa ha de ejercitarse con las limitaciones contempladas en la Carta Magna, que se refieren únicamente a las operaciones normativas de «conservación, modificación y desarrollo» de un derecho particular propio. "Conservación" sería para el Alto Tribunal «la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial». "Modificación" de una institución o concepción del derecho civil foral o especial es concepto que presupone necesariamente una subsistencia anterior al tiempo de entrar en vigor la Constitución. "Desarrollo" del derecho civil especial o foral se identifica con toda «acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no solo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales», si bien «no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos (…) sino a fin de

garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios». En definitiva, «el "desarrollo" de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral», sin que ello pueda entenderse como «una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar»[12].

III. LA NUEVA FORMULACIÓN DE LA COMPETENCIA LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL TRAS LA REFORMA ESTATUTARIA DEL 2006

La Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, operada por Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, ha reforzado más si cabe la formulación de la competencia legislativa de las Cortes Valencianas en materia de Derecho civil, lo que anticipaba un renovado impulso de la actividad normativa en tal dirección. Dice expresamente el Preámbulo del texto estatutario que uno de sus objetivos es «el impulso y desarrollo del Derecho civil valenciano», procurando «la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707 en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana». Asimismo destaca que la Comunidad Valenciana es «una nacionalidad histórica por sus raíces históricas, su personalidad diferenciada, su lengua y cultura y por su derecho civil foral».

Con independencia de la mayor o menor fortuna que pueda concederse a esta declaración de principios, es innegable que Valencia fue en tiempos pretéritos una nacionalidad, organizada políticamente como Reino, con raíces y personalidad propia (no sé si resultaría exagerado añadir diferenciada), y con una lengua, cultura y derecho foral particular[13]. De todo ello, quedan algunas cosas, pero no todas. Las huellas que el paso del tiempo deja indelebles conforman las raíces históricas y forjan la personalidad de un pueblo. La lengua y cultura valenciana, envueltas en mil y una peripecias, son una realidad pujante. Sin embargo, ¿qué podemos decir del «derecho civil foral valenciano»?[14]. La cuestión se planteó animadamente en los autos que antecedieron a la STC 121/1992, de 28 de septiembre en relación con la constitucionalidad de la Ley

reguladora de los arrendamientos históricos valencianos, hasta el punto de que se consideró acreditada «la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma Valenciana», que tenía por ello el carácter de «costumbre especial» o, si se quiere, el de un *ius singulare* dentro del derecho arrendaticio rústico propio del derecho civil común. Paralelamente, el Alto Tribunal declaraba que era «notoria la inexistencia de toda regla escrita que, antes de la Ley hoy impugnada, ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común», lo que es una velada invocación a las consecuencias y efectos del Decreto abolicionista de 29 de junio de 1707.

La ilación que fácilmente puede establecerse es que la derogación de los Fueros de Valencia, en cuanto que también (no únicamente) albergaban buena parte del derecho civil propio y singular de los valencianos en su devenir histórico como Reino, se erigió en motor de arranque de un derecho consuetudinario valenciano operante *contra leges Castilianas* ante la imposibilidad de una más digna subsistencia como derecho legislado. Es decir, los Fueros de Valencia son fuente de un derecho consuetudinario integrado por un cúmulo de instituciones jurídico-privadas, cuya vigencia presente ha de acreditarse en cada caso concreto en el que se pretenda su positivización si se quiere desterrar absolutamente el riesgo de impugnación por inconstitucional. En su día, los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana (aportando «abundante documentación sobre la historia y la realidad de estos arrendamientos») fueron capaces de probar la realidad de ese vestigio histórico y, como es natural, otras instituciones podrían ser eventualmente objeto de regulación legal de acuerdo con idénticos parámetros[15].

El propósito estatutario por lo que aquí respecta va, sin embargo, más allá: «el impulso y desarrollo del Derecho civil valenciano», elaborando disposiciones que regulen instituciones directa o tangencialmente vinculadas con las presentes en su día en los Fueros de Valencia con independencia de su vigencia actual. No otro puede ser el alcance interpretativo, pues, tal como establece el Preámbulo[16], mediante «el desarrollo legislativo de las competencias de la Generalitat» se «procurará la recuperación de los contenidos de los Fueros del Reino de Valencia abolidos por la promulgación del Decreto de 29 de junio de 1707»[17], eso sí, «en plena armonía con la Constitución y con las exigencias de la realidad social y económica valenciana»[18].

De este modo, la reforma estatutaria de 2006, prescindiendo de las limitaciones sentadas por la doctrina del Tribunal Constitucional, anunciaba las líneas maestras por las que habría de discurrir la actividad normativa subsiguiente de la Generalitat en materia de derecho civil y, en consecuencia, se vislumbraban los peligros que acechaban al legislar sobre instituciones que, si bien algunas de ellas entroncadas con el derecho foral valenciano en su día derogado, no habían sobrevivido en la memoria y en el discurrir negocial de los valencianos tras el Decreto abolicionista de Felipe V.

El nuevo impulso normativo alimentado por las declaraciones de principios contenidas en la reforma estatutaria de 2006 en pro de la recuperación de los Fueros de Valencia permite diferenciar, por tanto, un doble "derecho civil valenciano": uno que el Tribunal Constitucional reconoce como existente, como vigente en su dimensión consuetudinaria y sobre el cual caben las labores de impulso normativo para su preservación y desarrollo ante el hipotético riesgo de su desaparición[19]; otro que no existe más que como experiencia del pasado, puesto que ya no está vigente, representado por los Fueros del Reino de Valencia abolidos el 29 de junio de 1707, pero que se erige en un instrumento que legitima el ejercicio de la competencia legislativa en la formulación reforzada que recoge la reforma estatutaria. El legislador valenciano de 2006, fuertemente condicionado por el tenor de la STC 121/1992, se muestra confuso en su constante reclamo e invocación a los Fueros de Valencia: por un lado se pretende hacer uso de esa competencia para, con las debidas acomodaciones, recuperar el derecho contenido en los Fueros, símbolo de esa personalidad jurídica propia cercenada a comienzos del siglo XVIII; por otro, consciente el legislador valenciano de su falta de vigencia, sortea, sin embargo, tal obstáculo, pasando a la acción, esto es, proclamando instrumentalmente la recuperación de «la normativa foral del histórico Reino de Valencia»[20] en lo que parece una derogación del Decreto de 29 de junio de 1707 para hacer posible a partir de esta singular rehabilitación de los Fueros su actualización a través de la actividad legislativa de la Generalitat[21].

IV. UNA NOTA CRÍTICA SOBRE LA INVOCACIÓN A LOS FUEROS DE VALENCIA EN EL TEXTO ESTATUTARIO

No parece, sin embargo, que con ello fueran a quedar desterrados los riesgos de declaración de inconstitucionalidad de las nuevas leyes resultantes de esta reforzada competencia estatutaria. La rehabilitación instrumental de los Fueros, tal como deja traslucir la fórmula empleada en la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto, no puede concebirse con efectos retroactivos en modo de estimar vigente la tradición foral valenciana al tiempo de la promulgación de la Constitución. De este modo, el «allí donde existan» sigue haciendo del todo punto inviable un crecimiento objetivo de la competencia legislativa más allá de la mera positivización de los aislados vestigios de carácter consuetudinario[22]. Pretender componer un Código de Derecho civil valenciano[23], exigiría acreditar la vigencia de singularidades de carácter consuetudinario en todas o en muchas de las instituciones de derecho privado de las que hacen uso en su vida cotidiana los valencianos. Si hasta 1707 los valencianos se rigieron por un derecho diferenciado[24], a partir de entonces se terminaron por acomodar[25], no sin resistencia, al empuje del derecho castellano, que introducía nuevas concepcio-

nes, por ejemplo en materia de régimen económico matrimonial o de derecho de sucesiones. Lo mismo podría decirse tras la promulgación del Código Civil, que es también derecho de los valencianos y no creo que pueda sostenerse que hay o ha habido una resistencia de los valencianos a su aplicación[26], sino todo lo más fragmentarios alegatos en pro de nuestra diversidad jurídica que, por la conjunción de diversos elementos, no tuvieron la suficiente intensidad y continuidad como para contrarrestar el despotismo del siglo XVIII y el centralismo de los dos últimos siglos[27]. Pueden traerse aquí a colación las palabras del Prof. Luis DÍEZ-PICAZO: «no tiene sentido crear *ex novo* un derecho literario nunca vivido, nacido de las ocurrencias de juristas ociosos. Añádase a ello que en la Comunidad valenciana muchas de las normas de un Derecho civil común, que lo ha sido durante tantos decenios, aparecen interiorizadas por una gran parte de la población, como las que establecen (o establecían) la sociedad de gananciales o el sistema de legítimas entre los ascendientes, de manera que esta amenaza de un Derecho nuevo surgido únicamente de la cabeza de los juristas puede suponer un fraude en la confianza de los ciudadanos cuando, además, se puede intuir que no mejorará su suerte ni les atribuirá una vida mejor»[28].

Con esta afirmación solo pretendo deslizar muy tímidamente una nota crítica o discordante hacia un actual entusiasmado reclamo a la cuestión foral en nuestra Comunidad. Creo firmemente que la Ley es una declaración del que tiene poder, con independencia de si este es o no legítimo. Cuando la ley desciende a regular las relaciones habidas entre particulares, es a estos a quien les corresponde dar el visto bueno, haciendo uso de ellas y siguiendo sus orientaciones. No siempre la ley es plasmación positiva de una práctica consuetudinaria anterior, no siempre es reconocimiento formal de lo que sus destinatarios tenían y usaban con anterioridad como propio. La ley se impone, guste o no guste, con independencia de las repercusiones políticas que puedan pesar sobre quien la introduce sin considerar el sentir de sus destinatarios. Leyes fueron los Fueros de Valencia, no inmutables, sino cambiantes y durante casi cinco siglos los valencianos se acogieron a ellos, aunque también la praxis notarial y judicial de la época foral nos muestra cómo en muchas ocasiones se aplicaban otras normas, entre ellas, muy frecuentemente, la doctrina del *ius commune* construida sobre la base de las fuentes justinianeas[29], pese a la prohibición de Jaime I en 1270[30]. De leyes se componía también el derecho castellano que Felipe V impuso a los valencianos y, no sin cierta resistencia, a él se terminaron por acomodar, sin que nunca hayan faltado voces nostálgicas que, justamente, han reivindicado aquello que era propio y exclusivo: los Fueros de Valencia[31].

Pero, ¿realmente puede hablarse de un derecho propio y exclusivo? Yo diría que en Derecho, propio y exclusivo apenas hay nada, si no se quiere sostener que el aire y el sol mediterráneo de Valencia dotan de una idiosincrasia radicalmente contrapuesta a la de otros pueblos de España, algunos también con aire y sol mediterráneo. Pero eso no resta validez a la evidencia de que los

hacedores de los Fueros de Valencia tuvieron su formación, esencialmente en Derecho romano justinianeo y canónico[32], y ello sin duda condicionó su labor hasta el punto de poder advertirse una coincidencia literal de muchos Fueros de Jaime I con constituciones imperiales alojadas en el Código de Justiniano, aproximadamente del orden de dos terceras partes del total de 1.500 fueros que conformaban la obra, si bien aderezados con nueve capítulos iniciales donde se personalizaba en clave estrictamente valenciana el texto legal, con expresa referencia a los límites territoriales que habría de tener el Reino tras el proceso de conquista[33]. No debe olvidarse que Pere ALBERT y Vidal de CANELLAS, dos de los posibles partícipes en la redacción de la *Costum,* estudiaron en la Universidad de Bolonia dentro del ambiente cultural que se ha denominado «Recepción del Derecho romano» en cuanto que giraba en torno al estudio del *Corpus Iuris* de Justiniano[34]. Y precisamente se denomina a esta labor de acomodación del Derecho romano justinianeo a las exigencias de la época medieval «Recepción del Derecho común», porque a través de los juristas formados en Bolonia, procedentes de todos los rincones de Europa, también de Valencia, se gestó un sustrato común europeo en materia de derecho privado, que es, sin duda, el germen de la cultura jurídica occidental, precisamente hoy invocado como factor esencial para alcanzar la pretendida armonización del Derecho privado europeo.

Ello no implica afirmar que todo el derecho que partió de aquel tronco sea plenamente coincidente, sino que derivando dos tradiciones de un mismo tronco, pueden con el paso de tiempo tomar sendas distintas, acomodándose al modo de vivir de sus gentes. Y así puede constatarse, si comparamos el Derecho de Castilla y el derecho de una Valencia foral que se mostró siempre más ligada a un aperturismo comercial, sin duda por mor de su situación geográfica, que precisaba negocios ágiles y desprovistos de las solemnidades más presentes en la tradición castellana. Y este influjo iusromanista de los Fueros, especialmente patente en sus primeras ediciones, escritas en latín, no es un demérito ni un recorte para su pretensión de valencianía, sino una consecuencia de ser el Derecho una ciencia del hombre y para el hombre formulado por expertos en esta materia. Es natural, por tanto, que cuando en ellos se advierte una formación común y cuando las formas de organización política, social y económica no distan en demasía, las diferencias en el campo jurídico, como acontece entre los distintos pueblos de España, no sean tantas ni tan radicales como para impedir una rápida acomodación de las gentes a la nueva coyuntura[35]. Creo que esto es lo que, muy paulatinamente, puede constatarse en la historia jurídica valenciana, un de menos a más en el abrazo a las concepciones del derecho castellano a medida que el recuerdo de la tradición foral se iba alejando[36].

Es un hecho que la desaparición del régimen foral no fue inmediata. Incluso después del Decreto de 29 de junio de 1707 siguieron celebrándose contratos, testamentos y donaciones con arreglo al derecho foral valenciano y, cuando de

ellos resultaba algún conflicto judicial, la Chancillería reconocía muchas veces su validez, ya que no a todas las ciudades, villas y lugares del Reino llegó de manera inmediata la noticia de la publicación del Decreto abolicionista. Lo mismo puede decirse de aquellos negocios jurídicos celebrados con anterioridad al Decreto de Nueva Planta, pero que habrían de desplegar sus efectos después de la abolición. Se sentó así el principio de irretroactividad de las normas, conforme al cual los negocios jurídicos nacidos al amparo de la legislación foral se regirían por ella y no por el derecho castellano. Ello no obstante, no faltan en la práctica casos de impugnación de testamentos por parientes a los que el testador había dejado simplemente la legítima formal valenciana (10 libras o 5 sueldos), reclamando el suplemento de legítima material que contemplaba el derecho castellano. De ahí que muchos testadores valencianos, ante el temor de ver anulado su testamento, volvieran a otorgarlo conforme a la legislación castellana, que no acogía el principio de libertad de testar, que es el que terminó por prevalecer en el derecho foral valenciano de la mano de Pedro el Ceremonioso[37].

Sea como fuere, lo cierto es que el Estatuto de Autonomía de 2006 ha querido cambiar ese estado de cosas a modo de desagravio histórico. Si el gran argumento para dejar prácticamente vacía de contenido la competencia legislativa en materia civil de los valencianos es que su derecho no existe, a salvo unas pocas y anecdóticas instituciones de corte consuetudinario, que no está vigente el cuerpo más expresivo del Derecho civil valenciano, como son sus Fueros, habrá que ponerse manos a la obra. Y ello se ha concretado, quizá de manera poco ortodoxa, en una simbólica e instrumental recuperación de los Fueros de Valencia en su Disposición Transitoria Tercera. Digo poco ortodoxa, porque recuperar lo derogado no parece estar dentro del alcance de la competencia legislativa de la Generalitat, sin que se haya invocado, como podría haberse hecho, la puerta que dejaba abierta el Tribunal Constitucional (en su Sentencia 88/93) para ampliar el campo sobre el que poder legislar, esto es, sobre «instituciones conexas». Ello no les daría tampoco una vigencia automática, pues sería presupuesto irrenunciable para ello proceder a su actualización para acomodarlos a la Constitución y a las exigencias de la sociedad valenciana actual. Es evidente que la Generalitat no ha pretendido convertir en derecho vigente los Fueros de Valencia, sino que, de forma instrumental, los recupera a los solos efectos de poder actualizarlos, sorteando así el obstáculo de su inexistencia. Se recuperan, por tanto, pero no son derecho vigente porque no pueden serlo por falta de armonización con la Constitución, si bien sitúan a la Generalitat en la línea de salida para un más amplio y equitativo ejercicio de la competencia legislativa en materia de derecho civil (en relación con otras Comunidades Autónomas que cuentan con un derecho civil propio). Y el primer ejemplo de este impulso, con un enganche directo con los Fueros de Valencia y su contenido, fue la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

A ello puede añadirse que el esfuerzo de acomodación del régimen jurídico foral a la Constitución hace que la pretendida idiosincrasia valenciana que encerraba, que en su caso será la de los valencianos de época foral, se haya en gran parte difuminado después de varios siglos de predominio y acomodación al derecho castellano en Valencia. O mejor habría que decir que esa idiosincrasia, que tantas veces se invoca cuando se trata de legislar en materia de derecho privado, ha cambiado y ya no es esencialmente distinta de la de otros pueblos de España, con independencia de que ello haya sido ocasionado por aquella afrenta borbónica en 1707. En definitiva, de esa tradición foral lo más que se ha retomado es la denominación de algunas de sus instituciones, pero es dudoso que solo por ello mejore, como reza el Preámbulo del Estatuto de Autonomía de 2006, la «calidad de vida de los valencianos y valencianas». En este sentido, anteponer la separación de bienes como régimen legal supletorio para regir las relaciones patrimoniales entre cónyuges no precisa de grandes justificaciones ni reivindicaciones históricas en una sociedad en la que han mudado notablemente los condicionantes sociológicos de la primacía de los regímenes de comunidad.

V. EL DERECHO CIVIL VALENCIANO A LA LUZ DE LOS RECIENTES PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quedaba por ver cuál iba a ser la actitud del Gobierno de España ante lo que a todas luces constituía un avance, un repunte, una muestra más de particularismo jurídico dentro de España, esta vez proveniente de una Comunidad Autónoma que apenas se había mostrado beligerante en este terreno más allá de ciertas reivindicaciones históricas expresadas siempre desde la acción política. Pues bien, los tres productos normativos de las Cortes Valencianas (la referida Ley 10/2007, de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven fueron y la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de la Generalitat, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunitat Valenciana), en su momento objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Nación, han sido declaradas con mayor o menor amplitud inconstitucionales[38].

1. Sentencia 82/2016, de 28 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional

De entre sus fundamentos jurídicos, se ha de destacar en particular la consideración preliminar que hace el Alto Tribunal de que no puede admitirse «la existencia de un Derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia», que es tanto como sostener que el inciso "allí

donde existan" del artículo 149.1.8 de la Constitución no comprende los casos de vigencia pretérita, sino actual al tiempo de la promulgación de la Carta Magna. Recuerda asimismo la subordinación jerárquica de los Estatutos autonómicos a la Constitución Española, pues no son normas atributivas de las competencias del Estado ni tampoco lo son de ejercicio de competencias estatales previstas en el artículo 149.1, por lo que cualquier referencia que un Estatuto pueda contemplar en relación con el ejercicio de tales competencias estatales, ha de respetar el marco constitucional de atribución de competencias, que se verá vulnerado si las previsiones estatutarias vienen a «negar o impedir con ello el ejercicio de las competencias propias y exclusivas del Estado», puesto que la delimitación y distribución de competencias es cuestión indisponible «para el legislador estatutario, como poder constituido que es».

El Tribunal Constitucional, después de reconocer a la Generalitat «competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano», significa que «debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la Constitución Española», siendo que «el límite a dicha competencia se encuentra claramente señalado por el artículo 149.1.8 CE». Ello impone reiterar la interpretación de dicho artículo ofrecida en ocasiones anteriores, a saber, que «la expresión "allí donde existan" referida a los derechos civiles forales o especiales, como presupuesto indispensable para ejercer la competencia legislativa *ex* artículo 149.1.8 CE alude a la previa existencia de un Derecho civil propio (…), preexistencia que no debe valorarse además con referencia a cualquier coordenada temporal (…), sino muy precisamente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución (…), sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior». Y el Tribunal Constitucional recuerda que la Comunidad Valenciana contaba con un derecho civil propio en aquel momento, si bien limitado a ciertas «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria», que conforman así el objeto sobre el que ha de discurrir el ejercicio de la competencia legislativa con vistas a su conservación, modificación o desarrollo, sin que la reforma del Estatuto de Autonomía de 2006 pueda servir para ampliar el techo competencial de las Cortes Valencianas hacia instituciones jurídico-civiles de vigencia en otro tiempo o con propósitos distintos de conservar, modificar o desarrollar instituciones que puedan reconocerse existentes. Lo que tiene encaje constitucional es que «reglas de su ordenamiento que quedaron cristalizadas en normas consuetudinarias puedan llegar a convertirse en normas legales en virtud del ejercicio de tal competencia», es decir, «a día de hoy el artículo 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española», de modo que el juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad al que pueden quedar abocadas las leyes del Parlamento

valenciano pasa por la acreditación de que las instituciones jurídico-civiles objeto de regulación «pertenecen o no a su derecho consuetudinario» o, cuanto menos, guardan una conexión bastante como para apreciar que se trata de un desarrollo del Derecho civil propio vigente, por ser notoria, como ya se ha dicho, la inexistencia al tiempo de la promulgación de la Constitución de otras normas que ordenaran en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana cualquier instituto civil de modo especial respecto al derecho común.

Así las cosas, precisa el Tribunal Constitucional que «no basta la conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las instituciones económico-matrimoniales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007, pues lo que debe probarse es la pervivencia de las costumbres que le sirven de punto de conexión»[39], circunstancia que en modo alguno ha quedado acreditada, a diferencia de lo acaecido en su día en relación con los Arrendamientos Históricos Valencianos[40], por lo que «ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos» relacionados con la materia económico-matrimonial contemplados en la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, que, a juicio del Tribunal Constitucional, son todos los que en ella se contienen[41].

2. Sentencia 110/2016, de 9 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional

La proximidad temporal de esta Sentencia con la que precedentemente hemos traído a colación ha contribuido a acentuar las coincidencias en el plano argumental. Con todo, el encuadre *ratione materiae* de la Ley de Parejas de Hecho trasciende del ámbito más restringido del derecho civil al regular también aspectos de derecho público sobre los que sí son más ampliamente competentes las Comunidades Autónomas, lo que fuerza limita el alcance de la declaración de inconstitucionalidad de esta ley. No es discutible, sin embargo, que la regulación de los efectos personales y patrimoniales que derivan de una relación de convivencia afectiva análoga al matrimonio se integra en el ámbito del derecho civil, como preliminarmente, con cita de Sentencias precedentes, recuerda el Tribunal Constitucional, todo ello sin perjuicio de que la norma impugnada ofrezca también normas encuadrables sistemáticamente en otros ámbitos del derecho sobre los que, con mayor amplitud, puede versar la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas. De ahí que el Tribunal Constitucional, si bien anticipa que «la identidad de la materia y de las alegaciones de las partes obligan, en consecuencia, a seguir los criterios de ese precedente mencionado (la STC 82/2016, de 28 de abril)», habrán de hacerse «las matizaciones oportunas por razón del específico objeto de la Ley aquí impugnada».

En consecuencia, el Alto Tribunal reitera que el techo competencial en materia de derecho civil es el presente en el artículo 149.1.8 de la Constitución y no puede ser alterado por disposiciones estatutarias, jerárquicamente subordinadas

a la Carta Magna, que autoricen a un ejercicio más amplio de la competencia legislativa sobre derecho civil, esto es, más allá del conservar, modificar y desarrollar que pueden acometer aquellas Comunidades Autónomas donde existiera un derecho civil propio al tiempo de promulgarse la Constitución. De ahí que «la llamada a recuperar y actualizar los antiguos Fueros no autoriza al legislador autonómico a exceder la competencia en materia de legislación civil que el artículo 149.1.8 CE permite a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, más allá del cual se encuentra la competencia indisponible del Estado».

Recuerda a estos efectos el Tribunal Constitucional que existe un derecho civil propio en la Comunidad Valenciana, que se compone únicamente de algunas «normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria» que han subsistido «tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días». Por tanto, «la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil». Ello obliga a «identificar una costumbre asentada en su Derecho civil efectivamente existente en su territorio (ya en 1978) y subsistente en el momento de la aprobación de la Ley (…), o bien otra institución consuetudinaria diferente a la regulada pero "conexa" con ella de manera que pueda servir de base para apreciar un "desarrollo" de su Derecho civil foral o especial. De no poder hacerlo, la norma civil valenciana debe reputarse inconstitucional y nula por falta de competencia (…)».

Ello permite anticipar el juicio de inconstitucionalidad por lo que concierne a los efectos puramente civiles de la ley impugnada, pues recuerda el Tribunal Constitucional que incluso su Preámbulo reconoce que «las formas de convivencia *more uxorio* han aparecido solamente en los últimos años», lo que hace innecesario «buscar en los antiguos fueros, o en las costumbres de ellos derivadas, una institución legitimadora de la regulación». Todo lo más se apunta a ciertas normas consuetudinarias conexas «como la "costumbre testamentaria de l'une per l'altre" o el "fideicomiso foral"», pero el Tribunal Constitucional las considera dudosas por falta de suficiente acreditación.

Por lo que respecta al alcance de la declaración de inconstitucionalidad, esta queda circunscrita a aquellas de sus disposiciones que tienen encaje con el ámbito jurídico-civil, esto es, los artículos 6 a 14 de la norma autonómica impugnada así como su artículo 2, que hacía depender su aplicación, conforme a la naturaleza preferentemente civil de las disposiciones que contenía, del criterio de aplicación subjetiva eminentemente civilista de la vecindad. Quedan, sin embargo, subsistentes aquellos preceptos que no invaden competencias del Estado como la prohibición de discriminación por razón del modelo de familia en el que un ciudadano se integre; algunas prohibiciones relacionadas con los requisitos para entender constituidas las uniones de hecho formalizadas; la regulación de un registro administrativo con fines de publicidad; y la equiparación al matrimonio como causa de atribución de ciertos derechos sociales (licencias,

permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y ayuda familiar en el ámbito de la función pública autonómica así como indemnizaciones, subvenciones y tributos autonómicos).

3. Sentencia 192/2016, de 16 de noviembre, del Pleno del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional reitera sustancialmente en esta Sentencia los fundamentos ya expuestos en las dos anteriores, recordando que, si bien «la competencia autonómica en materia de Derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la LOTRAVA», «en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el artículo 149 CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco del artículo 149.1.8 CE, que permite a las Comunidades Autónomas legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral o especial preexistente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un derecho foral valenciano susceptible de actualización independiente de su preexistencia».

Se insiste en que el calificativo "foral" incluido en la reforma estatutaria de 2006 «no puede alterar el techo competencial establecido en el artículo 149.1.8 CE»; en que la expresión constitucional "allí donde existan" alude a la previa existencia de un Derecho civil propio, sin que tal preexistencia pueda valorarse con referencia a cualquier coordenada temporal, sino al tiempo de entrada en vigor de la Constitución. El único de esta suerte que preexistía en el territorio de la Comunidad Valenciana es el conformado por normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria por ser notoria la inexistencia de toda regla escrita que ordenara en dicho ámbito cualquier instituto civil de modo especial respecto al Derecho común[42]. En definitiva, las referencias constitucionales a la conservación, modificación y desarrollo de ese derecho civil previamente existente marcan la medida y límites de las competencias ejercitables, que es lo que habrá que examinar con vistas a apreciar la constitucionalidad o no de las normas promovidas por el legislador autonómico.

Así las cosas, siendo incuestionable que la Comunidad Valenciana posee competencia para positivizar su derecho consuetudinario, tal conversión normativa exige comprobar si las instituciones a las que se quiere dar rango legal pertenecen o no a su derecho consuetudinario. La carga de probar tal extremo (en el presente caso, la pervivencia y aplicación de especiales reglas en materia de relaciones paterno-filiales en vigor al tiempo de aprobarse la Constitución), que tiene por única excepción las costumbres notorias, ha de pesar sobre la propia Comunidad Valenciana, pudiendo hacer las veces la acreditación de la pervivencia de otra institución civil diferente a la regulada pero conexa a ella.

No es bastante, por tanto, una posible conexión entre los antiguos y derogados Furs del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la ley impugnada, pues lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión, cuestión que en modo alguno ha resultado demostrada, lo que conduce inevitablemente a la declaración de inconstitucionalidad del conjunto de la Ley.

En cuanto al alcance de la declaración, tiene efectos *ex nunc* al establecer que «no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la LCV 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores —independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico—, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor. Asimismo, conforme al principio constitucional de seguridad jurídica, procede el mantenimiento de las referidas situaciones ya consolidadas con anterioridad al momento de la presente Resolución».

4. El voto particular del Magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS a las tres Sentencias: una nota crítica

El Magistrado disidente, frente al criterio formulado por el resto, entiende que la competencia legislativa de la Comunidad Valenciana en materia civil se ha visto sustancialmente alterada a raíz de la reforma estatutaria de 2006, en esencia por el mandato de la Generalitat allí contemplado de que se recuperen los contenidos de los Fueros del histórico Reino de Valencia con la consecuente acomodación de su tenor a la Constitución española, lo que permite adicionar a la expresión Derecho civil valenciano el adjetivo "foral". Ello trae consigo, a su juicio, una ampliación de la competencia en la medida en que la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía, que en modo alguno ha sido declarada inconstitucional, impulsa precisamente «la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros»[43]. Y ese mandato de actualización de los derechos históricos en el campo del derecho privado tiene relevancia en orden al ejercicio de la competencia legislativa en la medida en que aparece contenido en el texto estatutario, como así se reconoció en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Quizá la objeción más contundente que puede hacerse al fundamento del triple voto particular radica en el hecho de que el derecho foral valenciano (propiamente los Fueros) no estaba vigente al promulgarse la Constitución por ser este el criterio uniforme exigido por la jurisprudencia constitucional. Sin em-

bargo, para XIOL RÍOS ello carece de relevancia, puesto que precisamente «el concepto general de actualización de los derechos históricos, una vez admitido por la jurisprudencia constitucional, carece de sentido alguno en el marco del Derecho privado si no se entiende que puede referirse a sistemas no vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, pues para los que se hallaban vigentes en esta fecha no cabe hablar de actualización o recuperación de derechos históricos, sino simplemente de conservación de sistemas vigentes».

Esta consideración es ciertamente discutible a la luz de la doctrina constitucional vertida sobre el sentido de los términos «conservación», «modificación» y «desarrollo», que simplemente dejan traslucir el propósito y fines de la acción normativa y que, en consecuencia, son perfectamente aplicables a sistemas jurídicos vigentes. En cambio, los términos presentes en el texto estatutario que trae a colación XIOL RÍOS («recuperación» y «actualización»), admitiendo el sentido que les da como asociados a sistemas jurídicos no vigentes, no están definidos por la Constitución como fines propios y autónomos de la acción normativa que puede acometerse desde las Comunidades Autónomas en sede de derecho civil. Podría establecerse todo lo más una equivalencia entre «modificación» y «actualización» (sí mencionada en la Disposición Adicional Primera de la Constitución), que desde luego puede también llevarse a cabo a propósito de sistemas jurídicos vigentes, siendo que uno de los fines de modificar algo es precisamente actualizarlo. Por el contrario, el propósito de «recuperación», que no contempla el texto constitucional, habría de quedar circunscrito a sistemas jurídicos no vigentes y la referencia de la Disposición Adicional Primera a que «la Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» nada hace pensar que comprenda los no vigentes. En este punto, por tanto, resulta patente que hay un exceso en la concreción de la competencia, que ha de circunscribirse solo a conservar, modificar y desarrollar, no a recuperar lo derogado.

Prosigue XIOL RÍOS su argumentación, significando que la interpretación constitucional del "allí donde existan" como equivalente a la vigencia de los derechos forales al tiempo de promulgarse la Constitución abona «una concepción restrictiva de los derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o "por ahora" en los territorios donde "subsistan" (…)», que en modo alguno se compadece con la Constitución, que concibe los derechos forales como parte de la competencia ordinaria de determinadas Comunidades Autónomas, frente a la competencia exclusiva que se reserva al Estado en ciertas materias frente a tales derechos.

Puede aceptarse desde luego que tal expresión destila «una concepción restrictiva de los derechos civiles territoriales» en el sentido de que el marco político y territorial de las actuales Comunidades Autónomas en modo alguno puede relacionarse con una identidad propia y diferenciada de todas y cada una de ellas (las diecisiete) en el ámbito del derecho civil. Territorios con derecho

civil propio, vigente o derogado, son solo unos pocos. Pero no creo que pueda sostenerse que la interpretación constitucional del "allí donde existan" abona una consideración de los derechos forales como algo residual y abocado en un futuro más o menos próximo a su desaparición, cuestión esta que dilató en su momento la promulgación del Código Civil y que quedó finalmente superada.

Concluye XIOL RÍOS su voto particular señalando que «no existe óbice alguno para admitir que no se opone al artículo 149.1.8 CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, aun cuando no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sea posible calificarlo como sistema de Derecho privado efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia».

Ciertamente, siendo que la función del artículo 149.1.8 de la Constitución no es precisamente dispensar o no reconocimientos a sistemas jurídicos forales, sino proclamar la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia de derecho civil con las salvedades expuestas, podemos coincidir con XIOL RÍOS en que el reconocimiento que ha hecho el Estatuto de Autonomía al derecho privado foral valenciano no contraviene la Constitución. Otra cosa distinta es reconocerle un valor jurídico pleno a todo lo que la disposición encierra, donde se combinan realidades efectivas (la reserva de competencia legislativa sobre derecho civil foral valenciano a favor de la Generalitat, que se ejercerá al amparo de la Constitución Española) con aspiraciones programáticas de carácter político (recuperación de la normativa foral del histórico Reino de Valencia con el propósito de emprender su actualización). Nada de inconstitucional tiene reconocer la competencia que la Generalitat ostenta sobre la materia, máxime cuando se dice expresamente que se ejercerá al amparo de la Constitución, que es tanto como decir que se asume y respeta la doctrina constitucional vertida hasta la fecha sobre el derecho foral valenciano y sus límites; como tampoco merece el reproche de inconstitucionalidad una declaración tan insólita como la de tener por recuperado un conjunto normativo tan difuso como «la normativa foral del histórico Reino de Valencia», acto jurídica y políticamente tan trascendente que no se entiende el ropaje formal de una Disposición Transitoria para su formulación, sino fuera quizá con el propósito de que una semejante manifestación pudiera pasar discretamente de puntillas. Más bien el reproche de inconstitucionalidad, como ha acontecido, habría de quedar reservado para esas manifestaciones concretas de ejercicio de la competencia con vistas a la recuperación y actualización del contenido de los Fueros de Valencia carentes de vigencia al tiempo de promulgarse la Constitución. A este respecto, concluye su voto particular XIOL RÍOS, poniendo de relieve cómo el Tribunal Constitucional solo reconoce «un derecho consuetudinario valenciano que tiene el valor de Derecho foral desde el punto de vista del artículo 149.1.8 CE». Así

delimitado, resulta posible el ejercicio de la competencia normativa, no solo en términos de conservar y modificar ese derecho consuetudinario de raigambre valenciana, sino de desarrollarlo para hacer así posible su crecimiento orgánico, actualización y vitalidad hacia el futuro «mediante la regulación de materias que guarden una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil»[44]. En modo alguno tiene encaje constitucional aquellas concreciones normativas que persigan la recuperación de un conjunto derogado carente de vinculación con el subsistente en el plano consuetudinario. Si así lo hubiera querido el constituyente, hubiera añadido el sustantivo «recuperación» al artículo 149.1.8 de la Constitución.

VI. CONCLUSIONES: PERSPECTIVA DE FUTURO PARA EL DERECHO CIVIL VALENCIANO

I. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional tan contundentes en tan breve plazo de tiempo permiten anticipar la suerte de las normas de derecho civil que las Cortes Valencianas puedan gestar en el ejercicio de su competencia estatutaria en el futuro, si no orientan sus esfuerzos por la senda de la conexión de su contenido normativo con un derecho consuetudinario que hubiera podido subsistir al decreto abolicionista de los Fueros de Valencia, habiendo asimismo conservado su vigencia hasta nuestros días[45].

II. La competencia que el Tribunal Constitucional reconoce atribuida a las Cortes Valencianas puede considerarse ya agotada con la promulgación de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, siendo que no es previsible la emersión repentina de nuevas prácticas consuetudinarias subsistentes de alcance local o regional que pudieran ser objeto de positivización. Queda solo la vía de las instituciones conexas, que puede ser terreno propicio para el estudio y aportación de la ciencia jurídica regional.

III. Con independencia de consideraciones de orden político que puedan hacerse con un propósito eminentemente reivindicativo y, hasta si se quiere, de justicia material en pro de la superación de aquella afrenta de la que los valencianos de comienzos del siglo XVIII fueron víctimas[46], el criterio del Tribunal Constitucional formulado en las dos últimas Sentencias comentadas me parece impecable[47]. Ciertamente, el largo lapso de tiempo transcurrido entre la reforma estatutaria de 2006, que no mereció por entonces el reproche de inconstitucionalidad en lo relativo a la ampliación de la competencia que se aventuraba, alimenta en el momento presente la incomprensión hacia sus consecuencias, que, sin embargo, consciente el Tribunal Constitucional de tan tardío pronunciamiento[48], quedan paliadas con una más que discutible declaración de inconstitucionalidad de inusitados efectos *ex nunc*, que salva de la incertidumbre

a los muchos matrimonios que vieron nacido *ex abrogata lege* el régimen de separación de bienes como regulador de sus relaciones económicas[49].

IV. No parece que pueda ser otro, a la luz del vigente texto constitucional, el alcance de la competencia de la Generalitat para legislar en materia civil[50], en esencia conservar el vigente derecho civil valenciano consuetudinario a través de su formalización legal, dejando de ser derecho consuetudinario para convertirse en derecho legislado, sin perjuicio de las ulteriores modificaciones y desarrollos que, también en forma de leyes, puedan acometerse en el futuro para atender las exigencias que imponga la realidad económica y social de los valencianos. Aquel camino emprendido por el legislador autonómico en 2006, que perseguía dejar atrás viejas ataduras y miedos encastrados por los condicionantes políticos que rodearon la génesis del Estatuto de Autonomía de 1982, en definitiva sacudirse el complejo de inferioridad al que había abocado la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992 en torno a la entidad de nuestro derecho foral (de raigambre consuetudinaria por la falta de Compilación), queda ahora irremisiblemente truncado.

V. Considerando algunas de las ideas de Álvaro D'ORS sobre el derecho foral que tanto amaba («es inútil discurrir sobre si hay que mantener o prohibir los derechos forales. Si no hay ciencia jurídica regional, el derecho foral desaparecerá por sí solo; si la hay, las prohibiciones legales no harán más que volver la espalda a la realidad inconmovible»[51]), el cegamiento de las fuentes de producción del derecho foral valenciano y la imposición del derecho castellano ha traído por consecuencia la casi completa desaparición de aquellas particularidades. La potestad ordenancista, con el alcance expresamente derogatorio de sus decisiones, impulsó en su día, no sin resistencia, el paulatino cambio de objeto en la dedicación de los juristas valencianos hasta el punto de hacer de esa tradición jurídica valenciana una reliquia del pasado cultivada por muchos años por historiadores del Derecho. Esa resistencia puede reconocerse fruto de la integración combinada del deseo de las personas privadas de seguir celebrando ciertos negocios jurídicos arraigados en la conciencia social y, probablemente, del asesoramiento cautelar de los prudentes del momento para su adecuado encauzamiento, haciendo así posible la conservación consuetudinaria de prácticas de la tradición foral valenciana que no vulneraban el derecho castellano por la vigencia del principio de libertad de pactos, más presente en el campo del derecho de obligaciones que, por ejemplo, en el que tiene por objeto regular los efectos personales y patrimoniales del matrimonio y de la progenie. De ahí que en este preciso ámbito no haya sido posible la supervivencia de singularidades jurídicas que poder conservar, modificar o desarrollar desde el ejercicio de la competencia legislativa en materia de derecho civil.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STC 121/1992, de 28 de septiembre.

- STC 88/1993, de 12 de marzo.
- STC 156/1993, de 6 de mayo.
- STC 28/2012, de 1 de marzo.
- STC 81/2013, de 11 de abril.
- STC 93/2013, de 23 de abril.
- STC 98/2013, de 23 de abril.
- STC 31/2010, de 28 de junio
- STC 82/2016, de 28 de abril.
- STC 110/2016, de 9 de junio.
- STC 192/2016, de 16 de noviembre.

BIBLIOGRAFÍA

BARÓ PAZOS, J. (1993). *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*. Santander: Editorial Universidad de Cantabria.

BARRERO GARCÍA, A. M. (1971). El derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, 639-664.

BENEYTO PÉREZ, J. (1985). Una explicación sociológica de la no-devolución del Derecho civil valenciano. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, 159-164.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2016). Alto al Derecho civil valenciano. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, 23-26.

BERNÍ Y CATALÀ, J. (1764). Privilegio XV. Sobre el empleo de Fiscal de su Magestad, en favor del Colegio de Abogados. En: *Resumen de los Privilegios, Gracias, y Prerogativas de los Abogados Españoles*, Valencia: Imprenta de Joseph Thomàs Lucas.

BLASCO GASCÓ, F. (2008). El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano. *Revista Jurídica de Navarra* núm. 46, 45-68.

— (2017). Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada). Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 61, pp. 5-29.

BLASCO GIL, Y. (2009). Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 59-89.

BOIX, V. (1855). *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*. Valencia: Imprenta de D. Mariano de Cabrerizo.

CARRIÓN OLMOS, S. (2011). Consideraciones en torno al Derecho civil foral valenciano. En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 483-512.

CHABÁS, R. (1902). *Génesis del derecho foral de Valencia*. Valencia: Imprenta de Francisco Vives Mora.

CORREA BALLESTER, J. El Derecho civil valenciano histórico, en *Introducción al derecho foral y al Derecho civil valenciano. Estudios*. [En línea], disponible en http://derechocivilvalenciano.com.

DÁNVILA y COLLADO, M. (1905). *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés.

DÍEZ-PICAZO, L. (2011). A vueltas con el Derecho civil valenciano. ¿Una milagrosa resurrección? En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 875-878.

DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2007). La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 18, 323-344.

— (2008). La competencia legislativa civil de la Generalitat. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, 36-69.

— (2009). Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 53, 130-181.

D'ORS PÉREZ-PEIX, A. (1973). De la *prudentia iuris* a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral. En: A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*. Madrid: CSIC. Delegación de Roma, 55-73 (Publicación original en *Información Jurídica*, núm. 35, 1947, 63-81).

DURÁN GUDIOL, A. (1973). Vidal de Canellas, Obispo de Huesca. *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, núm. 9, 267-369.

FERNÁNDEZ DE MESA, T. M. (1747). *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano de España y de interpretar aquel por este, y por el propio origen*, Valencia: Imprenta de la viuda de Jerónimo Conejos.

FERRAN I PLANAS, E. (2006). *El jurista Pere Albert i les «Commemoracions»*. Barcelona: Institut d'Estudis Catalans.

GARCÍA EDO, V. (1996). La redacción y promulgación de la Costum de Valencia. *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 26, 713-728.

— (2008). Orígenes del derecho foral valenciano. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 51, 147-161.

GARCÍA-GALLO, A. (1980). El derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca. En: H. Coing (Ed.), *Diritto comune e diritto locali nella storia dell'Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano: Giuffrè, 229-249.

GARCIA I SANZ, A. (1996). *Institucions de dret civil valencià*. Castellón: Universidad Jaime I.

LÓPEZ ELUM, P. (2001). *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII*. Valencia: Biblioteca Valenciana.

MARTÍNEZ RODA, F. (2014). El derecho común y la supresión de los Fueros de Valencia. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 101-124.

MARZAL RODRÍGUEZ, P. (1993-94). El *ius commune* como derecho supletorio en Valencia. *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, núm. 5-6, 399-414.

MASFERRER DOMINGO, A. (2008). *La pervivencia del derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta. Contribución al estudio de la práctica forense del siglo XVIII*. Madrid: Dykinson.

— (2015). Del fracaso recopilatorio a la pérdida definitiva del derecho foral valenciano (1707-1804). *Revista de Dret Històric Català*, núm. 14, 243-272.

MAYANS I SISCÀR, G. (1773). *Cartas morales, militares, civiles i literarias de varios autores españoles*, Tomo IV, Valencia: Salvador Faulí.

MOLINER NAVARRO, R. (2007). Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del artículo 49.1.2.ª del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 18, 345-365.

MONTÉS PENADÉS, V. (2007). El derecho foral valenciano. Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil. En: A. Baño León (Coord.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Tomo VIII, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, 261-322.

PALAO GIL, J. (2008). Del derecho foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular. *Revista Valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 51, 162-199.

— (2010). Abolición y reintegración del derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen. En: F. RAMÓN FERNÁNDEZ (Coord.), *El Derecho civil valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 13-66.

— (2011). La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del derecho civil valenciano. En: F. BLASCO GASCÓ (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1885-1903.

— (2013). La reivindicación de un derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas. En: V. DOMÍNGUEZ CATALAYUD (Coord.), *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de Derecho civil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 37-99.

— (2016). Para una vez que no somos "meninfots": tres siglos de conflicto en torno al Derecho civil valenciano. *Diario Valencia Plaza (2.2.2016)* [En línea], disponible en http://valenciaplaza.com/para-una-vez-que-no-somos-meninfots-tres-siglos-de-conflicto-en-torno-al-derecho-civil-valenciano.

PÉREZ PUCHAL, P. (1962). La abolición de los Fueros de Valencia y la Nueva Planta. *Saitabi* núm. 12, 179-198.

PESET REIG, M. (1972). Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, 657-716.

— (1989). Furs de Valencia: su sentido y vigencia. En *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Tomo I, Valencia: Monografies del Consell Valencià de Cultura, 361-378.

SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. (2008). El Estado de las autonomías antes y después de 2006. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, 14-35.

SAN VALERO, J. (1987). *El pueblo del Reino de Valencia (configuración de la personalidad valenciana)*, Valencia: Editorial Del Cenia al Segura.

SIMÓ SANTONJA, V. L. (2002). *Derecho histórico valenciano: presente, pasado y futuro*. Valencia: Editorial Universidad Cardenal Herrera-CEU.

TORRENT RUIZ, A. (2014). El Código Civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo. *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 12, 137-192.

VALIÑO ARCOS, A. (2016). La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano. Diario La Ley, núm. 8883.

VILLARROYA, J. (1789). *Disertacion sobre la justicia y utilidad de una ley, que declare á favor del Real Fisco la pertenencia de bienes de Realengo situados en el Reyno de Valencia, que se destinan á manos muertas, á quienes falta la habilitacion del Principe*. Valencia: Oficina de D. Benito Monfort.

— (1804). *Apuntamientos para escribir la historia del derecho valenciano y verificar una perfecta traducción de los Fueros*, Valencia: Oficina de Joseph de Orga.
YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1). *Diario La Ley* 8439.
— (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, 22-24.

NOTAS

[1] Sin ánimo exhaustivo, *vid*. BOIX, V. (1855). *Apuntes históricos sobre los Fueros del antiguo Reino de Valencia*. Valencia: Imprenta de D. Mariano de Cabrerizo, pp. 1 y sigs.; CHABÁS, R. (1902). *Génesis del derecho foral de Valencia*. Valencia: Imprenta de Francisco Vives Mora, pp. 16 y sigs.; DÁNVILA Y COLLADO, M. (1905). *Estudios críticos acerca de los orígenes y vicisitudes de la legislación escrita del antiguo Reino de Valencia*. Madrid: Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, pp. 29 y sigs.; PESET REIG, M. (1989). Furs de Valencia: su sentido y vigencia. En *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, Tomo I, Valencia: Monografies del Consell Valencià de Cultura, pp. 361 y sigs.; GARCÍA EDO, V. (1996). La redacción y promulgación de la Costum de Valencia. *Anuario de Estudios Medievales*, núm. 26, pp. 713 y sigs.; GARCIA I SANZ, A. (1996). *Institucions de dret civil valencià*. Castellón: Universidad Jaime I; LÓPEZ ELUM, P. (2001). *Los orígenes de los Furs de València y de las Cortes en el siglo XIII*. Valencia: Biblioteca Valenciana, pp. 37 y sigs.; GARCÍA EDO, V. (2008). Orígenes del derecho foral valenciano. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 51, pp. 147 y sigs.; y CORREA BALLESTER, J. El Derecho civil valenciano histórico, en *Introducción al derecho foral y al Derecho civil valenciano. Estudios*. [En línea], disponible en http://derechocivilvalenciano.com.

[2] El artículo 31.2 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana señalaba inicialmente que «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano», precepto al que se añadió el adjetivo «foral» en la versión plasmada en el artículo 49.3 por efecto de la Ley 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de dicho Estatuto autonómico. Esta Reforma integral del texto estatutario contemplaba asimismo en la Disposición Transitoria Tercera una referencia al derecho foral valenciano al decir que «la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española».

[3] Digo con carácter general porque al Decreto abolicionista siguieron algunas excepciones de carácter personal o territorial así como ciertas promesas de restablecimiento en la medida en que no perjudicasen la soberanía y regalías. *Vid.,* al respecto PESET REIG, M. (1972). Notas sobre la abolición de los Fueros de Valencia. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 42, pp. 677 y sigs.; MASFERRER DOMINGO, A. (2008). *La pervivencia del derecho foral valenciano tras los Decretos de Nueva Planta. Contribución al estudio de la práctica forense del siglo XVIII*. Madrid: Dykinson, pp. 35 y sigs.; y MASFERRER DOMINGO, A. (2015). Del fracaso recopilatorio a la pérdida definitiva del derecho foral valenciano (1707-1804). *Revista de Dret Històric Català*, núm. 14, pp. 248 y sigs.

[4] De ello se hace eco BENEYTO PÉREZ, J. (1985). Una explicación sociológica de la no-devolución del Derecho civil valenciano. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 43, pp. 159 y sigs.; PALAO GIL, J. (2008). Del derecho foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular. *Revista Valenciana d'estudis autonòmics*, núm. 51, pp. 167 y sigs.; PALAO GIL, J. (2010). Abolición y reintegración del derecho foral valenciano en la perspectiva del Antiguo Régimen. En: F. Ramón Fernández (Coord.), *El Derecho civil*

valenciano tras la reforma del Estatuto de Autonomía. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 30 y sigs.; PALAO GIL, J. (2011). La insuficiencia de la costumbre como vía para el desarrollo del Derecho civil valenciano. En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 1886; PALAO GIL, J. (2013). La reivindicación de un derecho civil propio de los valencianos desde la abolición de los fueros: bases históricas. En: V. Domínguez CaLaTayud (Coord.), *Cuatro estudios sobre la competencia de la Generalitat Valenciana para legislar en materia de derecho civil*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, pp. 44 y sigs.; y PALAO GIL, J., Para una vez que no somos «meninfots»: tres siglos de conflicto en torno al Derecho civil valenciano. *Diario Valencia Plaza (2.2.2016)* [En línea], disponible en http://valenciaplaza.com/para-una-vez-que-no-somos-meninfots-tres-siglos-de-conflicto-en-torno-al-derecho-civil-valenciano.

[5] Entre las instituciones forales subsistentes tras el Decreto abolicionista, PALAO GIL, J. (2011), pp. 1893 y sigs., menciona en relación con el derecho privado diversas modalidades de censos y el testamento mancomunado, que son un escaso muestrario que se explica por la inexistencia de un derecho consuetudinario altomedieval y por el celo con el que se llevó a cabo la implantación del derecho castellano en tierras valencianas a fin de evitar su contaminación por contacto con el derecho foral valenciano. En todo caso, resulta patente que la abolición no pudo producir la completa desaparición de un derecho foral a cuya luz habrían nacido un sinfín de relaciones y situaciones jurídicas merecedoras de protección en años venideros conforme a las disposiciones o el marco regulatorio que las vio nacer. En ese sentido, *vid.*, el testimonio de FERNÁNDEZ DE MESA, T. M. (1747). *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los derechos nacional y romano de España y de interpretar aquel por este, y por el propio origen*, Valencia: Imprenta de la viuda de Jerónimo Conejos, expresado en el prólogo: «todavia quedan de nuestros antiguos Fueros muchas reliquias, y se camina à obscuras entre sus ruinas, y entre los tropiezos de las nuevas plantas, y edificios de Estilos, leyes, y Juzgados, y como, y quando hemos de regirnos por lo antiguo, ò por lo moderno, no lo podiamos alcanzar sin estàr bien impuestos en los derechos de entrambos tiempos, y en los Decretos Reales con que se nos ha mandado, yà seguir el uno, yà el otro, y tal vez à ninguno de ellos, sino un medio acomodado à la mixta composicion de las presentes cosas de este Reyno, dando normas diferentes à las Jurisdicciones, las quales ordenes se hallan encerradas en Archivos, donde no pueden registrarse sin muchisima costa (…)»; o el de BERNÍ Y CATALÀ, J. (1764). Privilegio XV. Sobre el empleo de Fiscal de su Magestad, en favor del Colegio de Abogados. En: *Resumen de los Privilegios, Gracias, y Prerogativas de los Abogados Españoles*, Valencia: Imprenta de Joseph Thomàs Lucas, pp. 36 y sigs.: «en el año 1707, era Fiscal Civil, en esta Audiencia, el Señor D. Damian Cerdà, no por razon de que este Empleo fuesse annexo à la Abogacìa, sino porque las classes de negocios requerìa, que uno de los Fiscales fuesse Valenciano. El Empleo de Fiscal en este Reyno, es el mas pesado, y dificil: Lo primero, por la multitud de Causas, que no serà facil hallar igual numero en otro Tribunal de España. Lo segundo, porque casi todos los Expedientes dimanan de antiguos Fueros; deforma, que el hombro mas docto en Jurisprudencia, que venga de otra parte, ha de tener la paciencia de instruirse de los Fueros, y de la Pràctica antigua: assunto muy dificil, y requiere muchos años (…)»; o el de VILLARROYA, J. (1804). *Apuntamientos para escribir la historia del derecho valenciano y verificar una perfecta traducción de los Fueros*, Valencia: Oficina de Joseph de Orga: «el Rey D. Felipe V en 29 de junio de 1707 derogó absolutamente los Fueros que gobernaban al Reyno de Valencia, pero en 7 de Setiembre del mismo año declaró, que su Real ánimo era de mantener todas sus Regalías y Jurisdicción, Real uso de la potestad económica para con lo Eclesiástico, como los demás Fueros, usos y costumbres favorables á sus Regalías. Despues de esto, los Vínculos fundados en los tiempos en que regian los Fueros, deben entenderse, interpretarse y juzgarse por ellos. Los Derechos enfitéuticos están sujetos á sus disposiciones. Las contenciones, competencias y recursos de fuerza del Eclesiástico no se gobiernan en el Reyno de Valencia por las leyes de Castilla. Lo mismo sucede respecto de las causas decimales, de las de los contratos, y disposiciones de aquellos tiempos, y de las de otros infinitos asuntos. Por otra parte, está abandonado entera-

mente el Cuerpo de la Legislación Valenciana, que se mira con mucha indolencia, y acaso con desprecio como sino respirase por todas partes máximas saludables, preceptos los mas conformes á equidad, justicia y razón, y una jurisprudencia muy fina, exquisita y delicada (…) A esto se llega, que de cada dia se va olvidando mas y mas la propiedad de la lengua Lemosina, y como estas leyes no están ilustradas con notas y comentarios, se presentan tan obscuras y confusas que acedan el gusto de estudiarlas. Y finalmente, los Ministros que la justificación del Rey elige para el Senado de Valencia son de otros Reynos, á excepción de los nacionales, y por lo mismo no se les debe presumir instruidos en el lenguaje Lemosin por mas literatos que se consideren, é ilustrados en la ciencia legal, y en otras artes y estudios. ¿Pues cómo han de juzgar con acierto por unas Leyes cuyo idioma ignoran absolutamente? ¿Cómo podrán conocer el valor de las expresiones, la fuerza de las cláusulas, y el verdadero espíritu y sentido de las palabras?».

[6] Pese a que, como ya se ha dicho, Felipe V, no solo introdujo excepciones postreras a la contundencia inicial del Decreto abolicionista, sino que incluso se comprometió a la devolución de los fueros municipales que no fuesen contrarios a su soberanía y regalías, lo cierto es que en el ámbito del derecho privado la abolición resultó completa. *Vid.,* sobre el particular PALAO GIL, J. (2008), p. 177.

[7] Así se expresaba a propósito del alcance de la competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil la referida STC 121/1992, de 28 de septiembre.

[8] Con independencia del reconocimiento de un derecho consuetudinario vigente en tierras valencianas al que alude el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el hecho de que el legislador valenciano se reservase en el Estatuto de Autonomía la competencia legislativa en materia de Derecho civil podía también acomodarse a la Constitución por la vía del artículo 150.2, que facultaba al Estado para transferir mediante Ley Orgánica a la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 12/1982, de 10 de agosto) competencias de titularidad estatal indebidamente incorporadas al Estatuto, entre ellas la del artículo 31.2, con lo que se salvaba así el vicio de inconstitucionalidad que sobre él pesaba.

[9] Este reconocimiento constitucional de un derecho consuetudinario en territorio valenciano tras la abolición de los Fueros ha sido objeto de severas críticas por parte de BLASCO GASCÓ, F. (2008). El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de Régimen Económico Matrimonial valenciano. *Revista Jurídica de Navarra* núm. 46, pp. 48 y sigs., pues no se explica cómo puede haber sobrevivido a la cláusula derogatoria del artículo 1976 del Código Civil o a su prelación de fuentes así como no parece adecuado que adopten forma de ley general aplicable en todo el territorio de la Comunidad Valenciana costumbres, cuyo ámbito territorial es mucho más restringido. Por lo que se refiere a la última consideración, es claro que se ofrecía una regulación del arrendamiento histórico valenciano para aquellos contratos, cuya vigencia pudiera acreditarse, correspondiendo al cultivador la carga de probarla mediante dictamen pericial que recogiese la oportuna investigación histórico-jurídica a fin de obtener la declaración administrativa de su reconocimiento oficial, de modo que difícilmente hubiera sido posible semejante constatación en comarcas de la Comunidad Valenciana bien distantes del marco territorial de tradicional desenvolvimiento de la institución. En cuanto a la cláusula derogatoria del artículo 1976, esta se proyecta únicamente sobre las leyes, usos y costumbres del Derecho civil común, mientras que los arrendamientos históricos valencianos, tal como reza el Preámbulo de su ley reguladora, hoy derogada, constituyen, según la doctrina decimonónica que les prestó atención, una modalidad arrendaticia que se aleja de los postulados del derecho común, por lo que, a mi juicio, queda a salvo del alcance derogatorio del artículo 1976 del Código Civil, encontrando la conservación de estas particularidades forales valencianas su fundamento en el principio de autonomía privada. *Vid*. a propósito, MOLINER NAVARRO, R. (2007). Las competencias en materia de Derecho civil foral a la luz del artículo 49.1.2.ª del nuevo Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario* núm. 18, p. 358. Por su parte, DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2007). La competencia exclusiva de la Generalitat sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano. *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 18, pp. 331

y sigs.; DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2008). La competencia legislativa civil de la Generalitat. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, pp. 56 y sigs.; y DOMÍNGUEZ CALATAYUD, R. (2009). Una aproximación a la ley valenciana de sucesiones. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, núm. 53, pp. 134 y sigs. entiende, sin embargo, que estos vestigios consuetudinarios, aunque puedan enraizar en el derecho foral, han de entenderse como parte del derecho común que les dispensó reconocimiento antes de ser derogados con la entrada en vigor del Código Civil.

[10] Parece oportuno significar «desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias» entre el Estado y las Comunidades Autónomas que al ámbito del derecho civil pertenecen todas aquellas regulaciones que afectan a la esfera personal y patrimonial *inter privatos*. Así lo tiene declarado el Tribunal Constitucional en sus STC 28/2012 de 1 de marzo; STC 81/2013 de 11 de abril; STC 98/2013 de 23 de abril; y STC 110/2016 de 9 de junio, lo que veda que aquellas Comunidades Autónomas carentes de un derecho civil especial o foral propio puedan regular los aspectos iusprivatísticos de las uniones de hecho o de las fundaciones, en particular lo que concierne a las «prescripciones que han de observar los pactos suscritos por los integrantes de la unión de hecho dirigidos a regir sus relaciones económicas y patrimoniales, tanto constante la convivencia como con ocasión de su cese» (STC 81/2013, de 11 de abril), pues es cuestión reservada a las que ostentan esa tradición jurídica diferenciada (STC 93/2013, de 23 de abril).

[11] Así se reitera en las STC 88/1993 de 12 de marzo; STC 156/1993 de 6 de mayo; y STC 31/2010 de 28 de junio, al hablar de derechos civiles especiales o forales de Comunidades Autónomas «en cuyo territorio aquellos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución».

[12] STC 88/1993 de 12 de marzo; STC 156/1993 de 6 de mayo; y STC 31/2010 de 28 de junio.

[13] Esto encaja con lo que SAN VALERO, J. (1987). *El pueblo del Reino de Valencia (configuración de la personalidad valenciana)*, Valencia: Editorial Del Cenia al Segura, pp. 9 y sigs., llama «conciencia de la valencianidad», que sitúa entre los años 1200 y 1500 de nuestra era, ligada «al hecho de que el pueblo valenciano puede ejercitar su autonomía política». Es el periodo que denomina «edad clásica» de la historia del pueblo valenciano, marcada por distintos substratos culturales (el preponderante cristiano junto con el islámico y judío), que precede a su inserción en la cultura hispánica de los siglos subsiguientes hasta el momento presente.

[14] Señalaba BOIX, V. (1855), VII: «¿qué resta ya del antiguo régimen foral del reino de Valencia? El tribunal de los acequieros, ó de las aguas; algunas costumbres populares; restos de trages en nuestros labradores, y nada más. Todo ha ido desapareciendo desde que Felipe V abolió despóticamente la libertad de Valencia». Más de 150 años después es previsible que aquellos pocos vestigios del régimen foral valenciano hayan ido decayendo aún más. *Vid*. a propósito PALAO GIL, J. (2011), 1896 y sigs.

[15] De hecho algunas instituciones (modalidades especiales del contrato de compraventa, censos forales valencianos y el *tornallom*) ya lo han sido, junto a los arrendamientos históricos valencianos, a través de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias, en cuyo Preámbulo se expresa, tal como se hizo en el de la Ley de arrendamientos históricos valencianos, que «la acción legislativa de la Generalitat» se orienta a «la finalidad de positivizar la costumbre»; a «la de adaptarla a las nuevas realidades socioeconómicas»; y a la «de protegerla frente a determinadas prácticas abusivas». Se trata, por tanto, de una norma altamente respetuosa con la doctrina constitucional vertida a propósito del Derecho civil valenciano, al que se le reconoce desde las Cortes Valencianas todo lo más una dimensión consuetudinaria susceptible de ser transformada en leyes autonómicas.

[16] Y, en términos semejantes, se recoge en el artículo 7.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana tras la reforma de 2006.

[17] Con todo, hay que significar que el actual artículo 49.1.2.ª no es producto de una osadía sobrevenida del legislador estatutario del 2006. Ya en el Preámbulo del Estatuto de Autonomía

de 1982 se aludía a «la tradición valenciana proveniente del histórico Reino de Valencia» antes de proclamar en el artículo 32.1 que «la Generalidad Valenciana tiene competencia exclusiva sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano».

[18] No muy afortunada y en cierta medida contradictoria me parece, sin embargo, la redacción de la Disposición Transitoria Tercera del texto estatutario al decir que «la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia, que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución española». No sé si soy excesivamente puntilloso por lo que al uso del lenguaje se refiere, pero, con unas pocas páginas de separación, el Estatuto de 2006 ha pasado de «procurar recuperar los contenidos de los Fueros» a «recuperar y actualizar la normativa foral» como si tal Disposición Transitoria se tornase en Disposición derogatoria expresa del Decreto de 29 de junio de 1707. *Vid.* CARRIÓN OLMOS, S. (2011). Consideraciones en torno al derecho civil foral valenciano. En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 519, quien califica la recuperación y actualización de un conjunto normativo incontestablemente derogado de «absurdo jurídico».

[19] Exponente de esta verdadera formalización y positivización de la costumbre es la referida Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias.

[20] Así lo hace en la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía reformado en el 2006. Esta expresión se formula en términos mucho más amplios, comprendiendo quizá, no solo el contenido de los Fueros estrictamente considerados, sino una tradición jurídica de carácter consuetudinario concretada en algunas instituciones que incluso gozan desde hace ya casi veinticinco años del reconocimiento jurisprudencial y legal. Es este ese derecho foral que el Tribunal Constitucional autoriza a desarrollar y actualizar, pues desarrollar y actualizar lleva implícita su existencia, mientras que recuperar deja traslucir lo contrario, esto es, que algo ha dejado de existir, que una normativa o un conjunto de instituciones jurídicas fue en su día derogado. En definitiva, lo que destila la doctrina del Tribunal Constitucional es que cabe ejercitar la competencia legislativa para conservar, modificar y desarrollar aquello que está vigente, pero no para recuperar aquello que está derogado.

[21] El texto estatutario refleja aquí más una aspiración política que una verdadera disposición derogatoria rehabilitadora del contenido de los Fueros de Valencia que repare aquel agravio histórico, puesto que el «allí donde existan» comporta una condición de vigencia al tiempo de la promulgación y entrada en vigor de la Constitución, que difícilmente puede sortearse por declaraciones institucionales reflejadas en el texto estatutario. De este modo, lo inconstitucional no es la mera formulación de esta aspiración política de recuperación de los Fueros de Valencia (de ahí que la constitucionalidad del Estatuto no haya sido en este aspecto cuestionada), sino la ejecución concreta de esa aspiración en forma de leyes reguladoras de instituciones civiles, bien desconectadas de la realidad foral, bien conectadas con ella en su exclusiva dimensión histórica y, por tanto, carentes de pervivencia al tiempo de la proclamación de la Constitución Española.

[22] No puede obviarse que se han deslizado otras interpretaciones de la locución, alguna de ellas comprensiva de su vigencia pretérita, que es posición que se defiende aun con más encono al ser hecho indiscutido las circunstancias de la aniquilación del derecho foral valenciano. *Vid.* sobre la cuestión BLASCO GASCÓ, F. (2008), 46 y sigs. Críticas a la interpretación de la locución como «allá donde estén vigentes» en SÁNCHEZ FÉRRIZ, R. (2008). El Estado de las autonomías antes y después de 2006. *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics* núm. 51, p. 35.

[23] La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano disponía en su Preámbulo que «esta ley es el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen». La reciente declaración de su inconstitucionalidad operada por la STC 82/2016

de 28 de abril es la prueba palpable de la imposibilidad de un ejercicio de la competencia legislativa de la Generalitat en materia civil más allá de las limitaciones contempladas en la STC 121/1992.

[24] Es obligado referir cómo la idiosincrasia mediterránea fue modelando el derecho de los Fueros, no tan distante de las Partidas al tiempo de su elaboración, para conformar un cuadro de instituciones y concepciones jurídico-civiles más ágil y menos formalista que el derecho castellano que se impuso tras el Decreto abolicionista. *Vid*. a propósito PALAO GIL, J. (2011), 1900 y sigs.

[25] Así lo significaba PÉREZ PUCHAL, P. (1962). La abolición de los Fueros de Valencia y la Nueva Planta. *Saitabi* núm. 12, pp. 195 y sigs., tras constatar ciertas protestas iniciales; y BENEYTO PÉREZ, J. (1985), 161 y sigs.

[26] Señalaba en este orden de cosas MONTÉS PENADÉS, V. (2007). El derecho foral valenciano. Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia de derecho civil. En: A. Baño León (Coord.), *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Tomo VIII, Madrid: Editorial Tirant lo Blanch, p. 266 como causas de esa falta de resistencia a la penetración del derecho castellano un cierto letargo y el repunte económico del que sacó partido la burguesía mediterránea.

[27] Algunos de aquellos reclamos, según refiere SIMÓ SANTONJA, V. L. (2002). *Derecho histórico valenciano: presente, pasado y futuro*. Valencia: Editorial Universidad Cardenal Herrera-CEU, pp. 75 y sigs., tenían por objeto «poder fallar y resolver por ellos los actos y contratos antiguos». Así, en la carta del Rector y Claustro de la Universidad de Valencia al rey Carlos III en 1759 que recoge MAYANS I SISCÀR, G. (1773). *Cartas morales, militares, civiles i literarias de varios autores españoles*, Tomo IV, Valencia: Salvador Faulí, pp. 165 y sigs., se manifiesta que «en lo que pertenece al Govierno Politico, tambien suplicamos a U. Mag. que tenga presente: que su gloriosissimo Padre, i Señor nuestro, Don Felipe Quinto, con su gran prudencia, i sabiduria ordenò: que en la Real Audiencia del Reino de Valencia aya siempre a lo menos cierto numero de Ministros, que sean Valencianos, para que mejor se entiendan los Fueros de èste Reino, segun los quales se han de juzgar en lo Civil las Controversias ocasionadas de los Contratos, i Testamentos antiguos: i absolutamente en lo Eclesiastico sugeto al Derecho Foral, todas las otras Controversias, en que alguna de las Partes se oponga a lo pactado, i convenido en las Cortes de los tres Brazos del Reino, el Eclesiastico, Militar, i Real: porque los Fueros de èste Reino entre los otros de España son los mas favorables a la justa Libertad de la Jurisdiccion Real. I con tan prudente precaucion puede tener U. Mag. Ministros habiles en èsta su Real Audiencia: i promoviendolos segun su Merito al Supremo Consejo de Castilla; èste (como los avìa antes en el Consejo de Aragon) tendrà (como ha tenido siempre) Ministros llenamente instruidos en los Fueros, i Privilegios de èste Reino». Por su parte, VILLARROYA, J. (1789). *Disertacion sobre la justicia y utilidad de una ley, que declare á favor del Real Fisco la pertenencia de bienes de Realengo situados en el Reyno de Valencia, que se destinan á manos muertas, á quienes falta la habilitacion del Principe*. Valencia: Oficina de D. Benito Monfort, Prologo, XI y sigs., expresaba que «quedarian satisfechos mis buenos deseos, si viese una nueva edicion de los que fueron preservados de su general abolicion, y en el dia rigen y gobiernan los negocios, y que se ciñesen á ellos las ilustraciones y notas. Estos Fueros deberian traducirse al mismo tiempo con mucha exactitud, pulso y cuidado, y sin defraudarles en manera alguna de su verdadero sentido, espiritu, pureza y estilo. De otra suerte acaso variarian los conceptos, y pensando acertar nos desviariamos mucho de la verdad» (…). Sin olvidar las reivindicaciones de Francesc Xavier Borrull en las Cortes de Cádiz frente a la pretensión de codificar uniformemente para toda España y de Vicent Boix frente al Proyecto de Código Civil de García Goyena; o las más intensamente políticas durante la Segunda República y durante la transición por parte de los partidos de izquierdas y nacionalistas, que abogaban por mayores cotas de descentralización y autogobierno. Precisamente significaba MONTÉS PENADÉS, V. (2007), 274 y sigs., la similitud de formación del derecho propio de Galicia y Valencia una vez incorporada esta a la Corona de Castilla por la carencia en Galicia de órganos productores de un derecho propio. Pese a ello, Valencia no

fue llamada a integrarse en la Comisión de Codificación creada por Decreto de 2 de febrero de 1880 ni sus aspiraciones foralistas merecieron atención alguna en el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946. *Vid.,* al respecto, MOLINER NAVARRO, R. (2007), 351 y sigs.

[28] DÍEZ-PICAZO, L. (2011). A vueltas con el Derecho civil valenciano. ¿Una milagrosa resurrección? En: F. Blasco Gascó (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Tomo II, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 878.

[29] Decía GARCÍA-GALLO, A. (1980). El derecho local y el común en Cataluña, Valencia y Mallorca. En: H. Coing (Ed.), *Diritto comune e diritto locali nella storia dell"Europa. Atti del Convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milano: Giuffrè, 241 que «Valencia es el primer reino español que recibe ampliamente el Derecho romano y lo nacionaliza».

[30] MARZAL RODRÍGUEZ, P. (1993-94). El *ius commune* como derecho supletorio en Valencia. *Glossae. Revista de Historia del Derecho europeo*, núm. 5-6, pp. 401 y sigs.

[31] A este respecto, *vid.,* también MARTÍNEZ RODA, F. (2014). El derecho común y la supresión de los Fueros de Valencia. *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, pp. 108 y sigs., que refiere cómo «en el propio Reino de Valencia no se tenía claro que era beneficioso volver al Derecho foral civil».

[32] MARTÍNEZ RODA, F. (2014), 104 lo explica en la preparación común que recibían los juristas medievales procedentes de distintos enclaves de Europa en el ambiente culto de las nacientes Universidades, siendo «la clave de su expansión (…) el que «era un derecho "culto", es decir un Derecho cuyas reglas e instituciones son susceptibles de ser explicadas y debatidas teóricamente».

[33] *Vid*. a propósito el trabajo de BARRERO GARCÍA, A. M. (1971). El derecho romano en los «Furs» de Valencia de Jaime I. *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 41, pp. 639 y sigs.

[34] En particular, sobre Pere Albert y su posible formación boloñesa, *vid*. FERRAN I PLANAS, E. (2006). *El jurista Pere Albert i les «Commemoracions»*. Barcelona: Institut d'Estudis Catalans, pp. 82 y sigs. Sobre la presencia de Vidal de Canellas en Bolonia, *vid*. DURÁN GUDIOL, A. (1973). Vidal de Canellas, Obispo de Huesca. *Estudios de Edad Media de la Corona de Aragón*, núm. 9, p. 274.

[35] Una de las diferencias más sustanciales es la relativa al régimen legal habido en Castilla y en Valencia (el de comunidad frente al de separación de bienes), si bien tanto uno como otro podían ser sorteados por los contrayentes a través del otorgamiento de capítulos.

[36] Con todo, ahonda MARTÍNEZ RODA, F. (2014), 110 y sigs. en el hecho de que no hubo realmente un clamor popular de las gentes valencianas, demandando el restablecimiento de los Fueros en la medida en que las instituciones jurídico-sociales más recurrentes no experimentaron cambios sustanciales con la introducción del derecho castellano: «las instituciones que más afectaban a la vida cotidiana (…) eran tan parecidas a las castellanas que los valencianos se adaptaron rápidamente a la nueva situación», siendo ello «consecuencia de que los *Furs* y *Las Partidas* estaban impregnadas de Derecho común, por lo que en muchas ocasiones el Derecho aplicable estaba basado en ambos casos en la tradición romanística y el Derecho canónico». Las similitudes las encuentra el autor en lo que hace a la regulación del matrimonio, condicionada por los principios de vigencia universal formulados por el derecho canónico; los derechos sucesorios de la descendencia, circunscritos a aquellos que tengan la consideración de legítimos; en el régimen de la propiedad y los derechos reales, con pequeñas diferencias en el tratamiento jurídico de los mayorazgos y en la ausencia de *traditio* para que se produzca el efecto adquisitivo de la propiedad; y en los principios rectores de la sucesión *ab intestato*.

[37] El sistema foral de legítimas hacia los descendientes introducido por Jaime I dependía, por influjo justinianeo, del número de hijos del causante. Con Pedro el Ceremonioso se introduce en 1358 (Furs 6.4.51) la siguiente disposición: *totes aquelles persones les quals poden fer testament o altra derrera volentat, puxen donar o lexar los lurs béns, en tot o en partida, en son testament, codicil o altra derrera volentat, a fills, filles, o altres persones, parents o estrayns, sens contrast e embarch de qualsevol altra persona, axí que no sien ten-*

gudes de donar o lexar lurs béns a fills o a filles, si n'auran, si fer no·u volran legítima o alcuna altra part de lurs béns, ans puxen fer de aquells totes lurs pròpies voluntats. E gens per ço los dits fills, filles, parents, o altres qualsevol persones no puxen contradir o anul·lar lo dit testament, codicil, o altra derrera volentat, ans les coses en aquels contengudes sien exsiguides e complides segons que en aquells a la letra serà contengut e ordenat; en axí que·ls dits testaments, codicils o altres derreres voluntats per alcuna manera, causa, o rahó, o per omissió de solemnitat, no puxen ésser anul·lats furs o privilegis contra açò faents, o dients en alcuna cosa no contrastants.

[38] En vía muerta se halla desde hace mucho tiempo la Ley Valenciana de Sucesiones, en buena medida propiciada por las vicisitudes habidas durante su tramitación en las Cortes Valencianas, especialmente las severas críticas sufridas en la fase de Anteproyecto por sendos informes del Colegio Notarial de Valencia (de 25 de septiembre de 2009) y del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana (de 14 de octubre de 2009), de la que como vestigio queda el Borrador de Proyecto de Ley Valenciana de Sucesiones de 26 de abril de 2010. Si la Ley del Régimen Económico Matrimonial Valenciano, al decir de muchos, se quedó corta desde la exclusiva perspectiva de su conexión con la tradición foral, como no podía ser de otro modo dada la antitética posición de aquella sociedad y la nuestra de hoy en día en orden a regular las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio, la Ley Valenciana de Sucesiones ha sido en este campo mucho más ambiciosa y atrevida. En consecuencia, si a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano se le achacó su cortedad en relación con lo que constituía la regulación que ya ofrecía a los valencianos el derecho común, al Proyecto de Ley de Sucesiones se le ha imputado todo lo contrario: su excesiva pretensión de vincularse con una realidad (la de época foral) que tanto se aleja de los presupuestos políticos y sociológicos de nuestros días, al margen de regular plenamente, con todas las distorsiones que pueda comportar en el campo de los operadores jurídicos, una materia tan trascendente como la sucesoria (con un total de 278 arts.), lo que comportaría prácticamente la derogación del Código Civil en esta sede. El juicio de inconstitucionalidad para el caso de que este proyecto pudiera llegar a buen puerto está servido.

[39] En este ámbito concreto del derecho civil, la recuperación de los Fueros de Valencia es difícilmente justificable, siendo que, como menciona explícitamente el Preámbulo, el régimen económico matrimonial de época foral giraba en torno a presupuestos que notoriamente se alejan de nuestros valores constitucionales: «la subordinación de la mujer al marido, a quien competía, fundamentalmente, la responsabilidad económica del matrimonio y de la familia» y, en consonancia con esa preponderancia, la necesidad de constituir una dote que ayudara al marido a sobrellevar las cargas económicas del matrimonio. Así las cosas, ejercer la competencia con respeto al marco constitucional, es decir, para conservar o desarrollar semejantes concepciones ultramontanas es del todo punto inaceptable. Y si la pretensión es recuperar para modificar principios que se antojan inasumibles en el momento presente, más vale dejarlos dormir el sueño de los justos y, en su caso, identificarlos con una idiosincrasia propia muy particular de un momento concreto de la historia del pueblo valenciano, que es bien distante de sus inquietudes actuales. En parecidos términos, *vid.* YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014). Los excesos autonómicos en el Derecho civil y la ortopédica solución de la huida al Derecho mercantil (1). *Diario La Ley,* núm. 8439, p. 7, poniendo de relieve que la Constitución española permite conservar, modificar y desarrollar, pero no resucitar ni recuperar.

[40] A ello se orientó la labor del Observatorio de Derecho civil valenciano desde el momento de su creación en 2002, entre cuyas funciones se halla la de «realizar y actualizar periódicamente un inventario de usos y costumbres vigentes en el ámbito del Derecho Foral Civil Valenciano que pueda apoyar el trabajo prelegislativo de la Comisión de Codificación» (art. 21.c) del Decreto 218/2007, de 26 de octubre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión de Codificación Civil Valenciana y su órgano asesor, el Observatorio de Derecho Civil Valenciano).

[41] Ello no obstante, el Tribunal Constitucional, consciente de la efectiva vigencia de la ley impugnada por espacio de casi una década, ha considerado conveniente pronunciarse a

propósito de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad que proclamaba. Entiende el Tribunal que su pronunciamiento «no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquella establece», siendo que el derecho civil «es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal. Dada la naturaleza y la primacía de la autonomía de la voluntad que rige esta disciplina, los particulares deben seguir alcanzando libremente sus pactos de autorregulación, sometiéndose a la reglamentación que estimen más acorde a sus intereses. Por tal motivo, rigiendo en esta materia el principio capitular y siendo respetuoso con las libertades individuales, tras la publicación de esta Sentencia, seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones».

[42] Dice expresamente la Sentencia que «el artículo 149.1.8 CE extiende la garantía de foralidad a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución Española, pero no a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha», de modo que en la Comunidad Valenciana «la costumbre es susceptible de legislarse, de tal modo que mediante el ejercicio de la competencia legislativa autonómica el derecho consuetudinario puede pasar a ser derecho legislado», si bien «es indispensable que cualquier institución jurídico civil, haya sido recogida por norma positiva o por norma consuetudinaria, respecto a la cual se pretenda emprender la tarea legislativa sin exceder de la competencia contemplada en el artículo 149.1.8 CE, tenga previamente acreditada su existencia en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española».

[43] De la misma idea se muestra MOLINER NAVARRO, R. (2007), 363 y sigs. Es claro, sin embargo, que la delimitación de las competencias viene marcada por el Tribunal Constitucional y que a los Estatutos de Autonomía no queda más función que concretarla dentro de aquellos límites. Si la Constitución dice que solo se puede legislar para conservar, modificar y desarrollar el derecho civil propio que sea existente en una determinada Comunidad Autónoma, las muchas declaraciones que contiene el Estatuto de Autonomía no son bastante para alterar la realidad histórica de una derogación que nadie cuestiona y que circunscribe la acción legislativa de la Generalitat a aquella parte de su derecho efectivamente vigente al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución. El adjetivo "foral" no permitía adivinar de entrada que se pretendía legislar sobre los contenidos de los antiguos Fueros, pues bien podría entenderse su inclusión a la luz del reconocimiento que el Tribunal Constitucional hizo de un derecho foral (de época foral) valenciano, si bien de raigambre consuetudinaria.

[44] A este respecto, apunta el magistrado de forma un tanto sorprendente que «no cabe descartar que pudiera encontrarse alguna conexión de esta naturaleza con las instituciones consuetudinarias valencianas ya reconocidas como Derecho foral y que han pasado a ser Derecho legislado». ¡Qué duda cabe que esto hubiera salvado a la Ley de Régimen Económico Matrimonial Valenciano y subsiguientes de la declaración de inconstitucionalidad! Lo cierto es que XIOL RÍOS no deja caer la más mínima ilación que pudiera establecerse entre la disciplina del régimen económico matrimonial y las materias de entronque consuetudinario que hasta la fecha han sido objeto de positivización y reconocimiento constitucional. E incluso a ello han visiblemente renunciado los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana en su intento de obtener la desestimación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación, por lo que la observación ha de tenerse por ociosa.

[45] Por lo que se refiere a las normas declaradas inconstitucionales, no había en su parte sustantiva ninguna vinculación con la cuestión foral ni tampoco invocación alguna a una

supuesta idiosincrasia diferenciada y subsistente de los valencianos para disciplinar estos particulares aspectos atinentes al derecho de familia. Tan solo en la Exposición de Motivos de la Ley autonómica que regulaba la custodia compartida se reiteraba el «salto cualitativo en materia competencial» que había supuesto la reforma del Estatuto de Autonomía, con explícita referencia a los renovados bríos con los que se hacía valer esta competencia para legislar sobre Derecho civil valenciano, todo ello con la pretensión última de elaborar «un futuro Código de Derecho civil foral valenciano que englobe las distintas leyes que se promulguen». Se hace así evidente cómo la invocación de los Fueros tiene un componente instrumental y legitimador con la pretensión, ahora frustrada, de regular, no solo instituciones jurídico-privadas tradicionales subsistentes en vía consuetudinaria y con difuso anclaje en época foral, sino de ejercitar en pie de igualdad y plenitud la competencia legislativa en materia de derecho civil, tal como vienen haciendo otras Comunidades Autónomas, que evidentemente han ido más allá de un conservar, modificar y desarrollar un derecho civil propio. *Vid*., a este respecto las críticas a estos excesos de YZQUIERDO TOLSADA, M. (2014), 6 y sigs., y YZQUIERDO TOLSADA, M. (2016). ¿Por qué Cataluña puede y Valencia no? *El Notario del Siglo XXI. Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, pp. 22 y sigs.

[46] La expectativa de un cambio en la doctrina del Tribunal Constitucional con vistas a ampliar y dignificar el ejercicio de la potestad legislativa de los valencianos en materia de derecho civil a partir de un cambio de enfoque de la cuestión, orientándola quizá por la vía del respeto al principio de igualdad en el tratamiento que se ha de dispensar a todos los pueblos de España, no ha tenido lugar. Es más, el argumento es abiertamente rechazado en la STC 82/2016, de 28 de abril al decir que «la igualdad de trato ex artículos 14 y 139.1 CE no es predicable de las Comunidades Autónomas, ni puede permitir alterar el régimen de distribución de competencias resultante de la Constitución Española y del bloque de la constitucionalidad». Sobre esta invocación al principio de igualdad decía DOMÍNGUEZ CALATAYUD, V. (2008), 42 que «tal conclusión es, muy en particular para Valencia, contraria a la igualdad, como valor constitucional, y al respeto al desarrollo de la identidad de los pueblos de España como base y fundamento político de su condición de región o nacionalidad, y de su estructuración en Comunidades Autónomas titulares de la autonomía y el autogobierno constitucionales en el seno de la indisoluble unidad de la Nación española».

[47] Este juicio de valor lo expresaba en Valiño Arcos, A. (2016). La reciente doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho civil valenciano. Diario La Ley, núm. 8883, p. 9. Críticas a esta opinión, calificada de formalista y dogmática, en BLASCO GASCÓ, F. (2017). Comentario jurídico-político a las sentencias político-jurídicas del Tribunal Constitucional sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia de derecho civil valenciano (o el artificio de cómo reconocerte todo y no darte nada). *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana,* núm. 61, p. 6. Aunque no es menos formalista y dogmática la consideración que el Prof. Blasco desliza de ser las leyes impugnadas consecuencia de normas estatutarias (art. 7.1, art. 49.1.2ª y Disposición Transitoria Tercera) no declaradas inconstitucionales. Nada de inconstitucional tiene, en efecto, proclamar en el artículo 7.1 que «la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia»; ni proclamar en la Disposición Transitoria Tercera que «la competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia». La anomalía viene con la locución «que se recupera y actualiza, al amparo de la Constitución Española». ¿Cómo interpretarla? La expresión es, ciertamente, desafortunada. Podría pasar el «que se recupera», que es tanto como derogar el Decreto abolicionista de Felipe V. Pero, ¿puede aceptarse el «que se actualiza»? ¡Habrá que ponerse manos a la obra para ello, institución foral por institución foral, digo yo! Y en el caso de que pueda admitirse que la varita mágica de las Cortes Valencianas, al tiempo que recupera, también actualiza un derecho inmovilizado hace tres siglos, tal recuperación y actualización habrá de situarse en el año 2006 y no en 1978, que es cuando ha de cumplirse la condición de vigencia para el ejercicio de la competencia para legislar en materia de derecho civil. Es evidente que la ex-

presión habrá de entenderse como «que se pretende recuperar y actualizar», lo que enlaza con el artículo 7.1 al disponer que «el desarrollo de las competencias de la Generalitat procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia (…)». Pero esta recuperación habrá de hacerse «en plena armonía con la Constitución» (art. 7.1), «al amparo de la Constitución Española» (Disposición Transitoria Tercera). Y es la Constitución la que contiene (en presente de subjuntivo y no en tiempo pasado) el «allí donde existan». El tiempo presente apoya que la condición de vigencia de ese derecho foral se sitúe en 1978. El modo subjuntivo permite que la Generalitat Valenciana pueda acreditar, con vistas a legislar sobre la materia, la subsistencia en 1978 de instituciones jurídicas de raigambre foral entre los valencianos, como hizo con los arrendamientos históricos y como ha hecho con otros contratos agrarios. Por tanto, el juicio de inconstitucionalidad quedaba inevitablemente aplazado a las manifestaciones concretas de ese deseo («procurará la recuperación», «que se pretende recuperar y actualizar») y no, por tanto, a la mera manifestación de un deseo o aspiración política (y también jurídica) de recuperación y actualización, que es lo que, a mi juicio, encierran el artículo 7.1 y la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

[48] No podemos más que coincidir en este punto con BLASCO GASCÓ, F. (2017), p. 7 y 24 y sig. Todo el tiempo transcurrido entre la promulgación de las normas impugnadas y la resolución de los recursos que las han declarado inconstitucionales alimenta sin duda la confianza legítima de que la reforma estatutaria comportó una ampliación de la competencia legislativa sobre derecho civil más allá de los estrechos límites establecidos por la STC 121/1992.

[49] *Vid.,* a este respecto las críticas que se comparten de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2016). Alto al Derecho civil valenciano. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, p. 26. En fundamento distinto se apoya, sin embargo, la eficacia *ex nunc* de la declaración de inconstitucionalidad que afecta a la ley autonómica de la custodia compartida («el beneficio y protección del interés del menor»).

[50] En estos términos se expresaba el magistrado disidente en una entrevista en el Diario Valencia Plaza accesible en el siguiente enlace: http://valenciaplaza.com/la-comunitat-no-podra-tener-derecho-civil-propio-si-no-se-cambia-la-constitucion.

[51] D'ORS PÉREZ-PEIX, A. (1973). De la prudentia iuris a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y al Derecho foral. En: A. D'ORS PÉREZ-PEIX, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*. Madrid: CSIC. Delegación de Roma, p. 71, sin dejar de reconocer al propio tiempo cómo las decisiones de orden político pueden condicionar este estado de cosas, favoreciendo el ahogamiento de la ciencia jurídica regional en favor de un mal entendido pragmatismo centralista. De eso, sabemos un rato los valencianos, a quienes se nos impuso uniformemente el derecho castellano a través del Decreto de Felipe V de 29 de junio de 1707 (Novissima Recopilación, Libro III, Título III, Ley I), mediante el que el monarca pretextaba, entre otras cosas, «mi deseo de reducir todos mis Reynos de España á la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo»; y a través del de 29 de julio de 1707 (Novissima Recopilación, Libro III, Título III, Ley II), con el que subrayaba que «en el modo de gobernarse los Reynos y pueblos no debe haber diferencia de leyes y estilos, que han de ser comunes á todos para la conservación de la paz y humana sociedad», puesto que «mi Real intención es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes (…)». Asimismo, el Estatuto afrancesado de Bayona de 7 de julio de 1808 dado por José Bonaparte marcaba en su artículo 96 la orientación centralista que tendrían en el futuro las Constituciones del siglo XIX: «las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales», que no es esencialmente distinta de la salida de las Cortes de Cádiz en 1812 en su artículo 258 («el Código Civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»), lo que marcaría la dirección antiforalista de los proyectos de Código Civil del siglo XIX. *Vid.,* sobre las vicisitudes de la codificación civil en

España BARÓ PAZOS, J. (1993). *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*. Santander: Editorial Universidad de Cantabria, pp. 16 y sigs.; BLASCO GIL, Y. (2009). Constitución, codificación y doctrina jurídica del XIX. Acerca de la cuestión foral. *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, pp. 63 y sigs.; y TORRENT RUIZ, A. (2014). El Código Civil español en la secuencia comparativista de los fundamentos del derecho europeo. *Revista Internacional de Derecho Romano*, núm. 12, pp. 149 y sigs.

(Trabajo recibido el 8-12-2016 y aceptado para su publicación el 13-1-2016)

DICTÁMENES Y NOTAS

Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles

Use of electronics to describe property

por

JACOBO FENECH RAMOS
Registrador de la Propiedad
Universidad de Málaga

RESUMEN: Se analizan las novedades introducidas en la Ley 13/2015 respecto de la identificación gráfica de las fincas en el Registro de la Propiedad y su coordinación con el Catastro. También es objeto de estudio la doctrina de la DGRN para facilitar la aplicación práctica de la Ley.

ABSTRACT: This paper analyses the novelties introduced by 13/2015 Act regarding the graphic identification of real estate properties registered in the Real Estate Registry and the graphic identification's coordination with equivalents in cadastral parcels. We also study the doctrine from the Directorate of Registries and Notaries to make esier the practical aplication of the new Act.

PALABRAS CLAVE: Registro de la Propiedad. Catastro. Coordinación. Finca. Parcela, concordancia, base gráfica, inmatriculación, exceso de cabida, obra nueva.

KEY WORDS: Real Estate Registry. Cadastre. Coordination. Real estate. Cadastral parcel. Equivalence. Graphic base. Registration of property. Discrepancy in metres and bounds. New construction.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA DE LA LEY 13/2015.—II. OBJETIVOS GENERALES DE LA LEY 13/2015. —III. NOVEDADES EN LA DESCRIPCIÓN DE INMUEBLES: 1. UTILIZACIÓN DE LA MISMA CARTOGRAFÍA EN REGISTRO Y CATASTRO. 2. LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA COMO CIRCUNSTANCIA DE LA INSCRIPCIÓN. 3. POSIBILIDAD DE REPRESENTACIÓN GRÁFICA ALTERNATIVA: A) *Supuestos*. B) *Requisitos técnicos*. 4. LA IMPORTANCIA DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA: A) *Avance tecnológico*. B) *Avance en seguridad jurídica en el tráfico de inmuebles*. C) *Reforzamiento de la eficacia frente a terceros de los pronunciamientos registrales*. 5. CALIFICACIÓN DE REPRESENTACIONES GRÁFICAS: A) *Correspondencia de la finca con la representación gráfica*. B) *Bases gráficas disponibles*. C) *Aplicación informática auxiliar*. D) *Dudas de identidad*. E) *Protección del dominio público*. 6. PROCEDIMIENTOS PARA LA INCORPORACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA: GARANTÍAS. A) *Intervención de los colindantes*. B) *Publicidad del procedimiento*. 7. EL CÓDIGO REGISTRAL ÚNICO. 8. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE REGISTRO Y CATASTRO.—IV. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS QUE SE PLANTEAN CON LA LEY Y SOLUCIONES ADOPTADAS POR LA DGRN: 1. INSCRIPCIÓN DE REPRESENTACIONES GRÁFICAS EN UN REGISTRO EN SOPORTE PAPEL. 2. LA NUEVA DOCTRINA SOBRE EXCESOS DE CABIDA. 3. MODIFICACIONES DE ENTIDADES HIPOTECARIAS: A) *El problema de la Representación Gráfica Alternativa*. B) *Ámbito temporal y procedimiento*. C) *Cuestiones Prácticas*. 4. GEORREFERENCIACIÓN DE OBRAS NUEVAS. A) *Exigencia legal*. B) *Finalidad práctica*. C) *Aplicación temporal*. D) *Previa georreferenciación de la total finca*. E) *Requisitos técnicos*. F) *Procedimiento*. G) *Supuesto especial de ampliaciones de obra nueva.*—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA DE LA LEY 13/2015.

La Ley 13/2015 de 24 de junio de reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Catastro constituye una de las reformas más importantes en los más de 150 años de historia del Registro de la Propiedad, ya que afecta al modo de describir los inmuebles y a los efectos jurídicos que tal descripción produce cuando accede al Registro de la Propiedad.

Para el conocimiento e identificación de una finca es fundamental individualizarla y describirla del modo más perfecto que sea posible. Una gran parte de los litigios que pueden suscitarse en materia inmobiliaria tienen su origen en una descripción defectuosa o anacrónica[1].

Dados los tiempos en que se promulgó y los medios técnicos con los que se podía contar, el sistema de descripción de los inmuebles que originariamente diseñó la Ley Hipotecaria en 1861 era meramente literario y se limitaba a exigir la situación de los inmuebles según término municipal, pago o partido

y los linderos de las fincas por sus cuatro puntos cardinales. Ni siquiera era necesario expresar la superficie de la finca. No es hasta el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, cuando se introduce la expresión «en todo caso» en la regla 4.ª del artículo 51 del RH, de manera que ya se exige que la medida superficial se hará constar «en todo caso».

Ciertamente este sistema podía ser suficiente en el tipo de economía, de sociedad y de tráfico jurídico de inmuebles en el que se gestó la Ley, en el siglo XIX. Sin embargo con el tiempo ha ido quedando obsoleto, especialmente por las inexactitudes e incertidumbres que este tipo de descripciones literarias conllevan en cuanto a la localización exacta de la finca así como a la delimitación de su perímetro. Con la aparición de nuevas tecnologías se manifiesta como un sistema insuficiente y de difícil ajuste con la realidad física[2].

La cuestión no es menor. La finalidad primaria de la publicidad registral es la protección del tráfico, la agilización de las transacciones inmobiliarias: con la garantía que supone la consulta de un Registro Público, se evitan las complicadas indagaciones que sería necesario hacer sobre la titularidad de los derechos[3]. Téngase en cuenta que nos encontramos ante un sistema registral de derechos o titularidades, con gran prestigio internacional en cuanto a la tutela de la propiedad, debido a los potentes efectos que la ley atribuye a la inscripción en base a los principios de legitimación y fe pública. De los distintos sistemas de Registro Inmobiliario el más recomendable, por su eficacia, es este tipo de Registro de Titularidades, en la terminología anglosajona «Titles Registration System», cuyas notas características se centran en que la información y efectos protectores que proporciona se refieren tanto a la titularidad y delimitación del derecho sobre el inmueble como a las cargas que lo gravan, cualquiera que sea su origen, y a las facultades dispositivas del dueño[4].

Nuestro sistema registral, además, se lleva por fincas (sistema de folio real), pues cada finca o inmueble debe constar en un folio o ficha independiente, de tal forma que el conjunto de derechos inscritos sobre un mismo objeto pueda publicarse y conocerse tomando como unidad de cuenta el propio inmueble sobre el que recae la totalidad de titularidades existentes sobre el mismo[5]. La finca es la unidad básica del sistema registral[6].

La finca, al igual que los demás bienes, requiere la nota de la sustantivización o individualización, al objeto de separarla de los demás bienes y de las partes integrantes de ellos. Por tanto, la descripción y la identificación de la finca están relacionadas con el concepto mismo de finca, en razón a su necesaria individualización. Además, constituye una exigencia del principio hipotecario de especialidad, que es uno de los fundamentales del sistema, lo que exige un mayor rigor todavía, si cabe, en la aplicación de esta nota a las fincas, respecto a su caracterización en los demás bienes[7].

La individualización resulta de la traducción en acto de una división del suelo llevada a cabo mediante el trazado de líneas que delimitando la exten-

sión de la zona que se trata de separar de la contigua, la constituyen en unidad independiente como objeto de derecho[8].

Sin embargo, a modo de paradoja, nuestro sistema registral tradicionalmente ha descuidado la cuestión fundamental que es el objeto del derecho que accede al Registro. Es clásica la expresión de que el sistema registral español es «un gigante con los pies de barro», pues si bien garantizaba con éxito la existencia del derecho real con eficacia frente a terceros, sin embargo no conectaba suficientemente ese derecho con el objeto sobre el que recaía, es decir la parte del territorio, sobre la que el propietario ejerce su influencia, y que en nuestro derecho viene delimitado por la superficie de la finca registral, comprendida dentro de los linderos que delimitan la línea poligonal de la finca[9].

Además de la cuestión relativa a la determinación y certidumbre del objeto del derecho que proporciona una correcta descripción de la finca, otro viejo problema es el de la coordinación con el Catastro. El Catastro es una institución cuyo fundamento radica en el interés público de inventariar y lograr la contribución sobre bienes inmuebles, teniendo una finalidad exclusivamente tributaria[10]. No obstante, el Catastro recae sobre la misma realidad que el registro: la inmobiliaria. La institución catastral tiene definida la riqueza territorial del país con bases de datos en las que se delimitan gráficamente los inmuebles. Es una vieja aspiración lograr la coordinación entre las parcelas catastrales y las fincas registrales, lo cual, por otra parte, puede contribuir a la correcta definición de los inmuebles a efectos registrales utilizando la cartografía catastral. Sin embargo, la realidad histórica ha demostrado que no existe una conexión real y fluida entre el Catastro y el Registro de la Propiedad[11].

Como ha afirmado GÓMEZ GÁLLIGO (2015, 14), la misión del Catastro no es la de señalar efectos jurídicos sustantivos a las titularidades inmobiliarias: esto es la misión del Registro de la Propiedad. El Catastro tiene como finalidad la justicia tributaria y la asignación equitativa de los recursos públicos. Pero el Catastro sí que puede suministrar al Registro una exacta descripción de las fincas que constituyen la base física de los derechos. Para ello es necesaria una perfecta coordinación entre el Registro y el Catastro. Catastro y Registro son instituciones bien distintas, pero es necesario que estén coordinadas. Una y otra institución se necesitan.

En los últimos años se pueden destacar varios intentos de mejora en la definición de los inmuebles y en la coordinación con el Catastro:

— Se introduce en las reformas del Reglamento Hipotecario en los años 80 la posibilidad de hacer constar potestativamente la referencia catastral que corresponde a las fincas registrales.
— En la reforma del RD 430/1990 de 30 de marzo ya se previó en el artículo 398.b RH la utilización de la cartografía catastral como base gráfica para identificar las fincas. Sin embargo la implantación de la base gráfica no se llevó a efecto hasta 10 años después.

— La reforma de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre, establece normas sobre la constancia registral de la referencia catastral y la obligatoriedad de que al inmatricular cualquier finca en el Registro sea necesario aportar certificación catastral descriptiva y gráfica totalmente coincidente con la descripción de la finca, lo que supone que todas las fincas que ingresan nuevas en el Registro están coordinadas con el Catastro (utilizando la expresión coordinación no en el sentido actual de la expresión). También se recoge la certificación catastral descriptiva y gráfica como medio para acreditar excesos de cabida.
— El RD 1867/1998 de 4 de septiembre de reforma del Reglamento Hipotecario, La Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000 y la redacción del artículo 9 de la LH, dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, sirvieron de base para el sistema que se ha estado utilizando hasta la nueva Ley. Este sistema se basaba en el mero archivo de la base gráfica, si bien utilizando aplicaciones informáticas para su tratamiento, lo que supuso un importante avance en la definición gráfica de las fincas registrales.
— El Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, reguló la constancia en las escrituras públicas y en el Registro de la referencia catastral, delimitando supuestos concretos en los que se exime de esta obligación así como las normas para considerar que hay correspondencia entre la finca registral y parcela catastral.

Pese a todos estos esfuerzos normativos, el carácter voluntario de la inscripción en el Registro y la falta de un adecuado intercambio de datos bidireccional entre ambas instituciones dan lugar a una indeseada descoordinación[12].

La descripción de las fincas hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2015, el 1 de noviembre de 2015, seguía siendo en la mayoría de las ocasiones meramente literaria, quedando las bases gráficas registrales con un carácter principalmente auxiliar, si bien no han faltado quienes han defendido su valor jurídico por aplicación del principio de legitimación[13]. Además subsisten numerosas descripciones literarias antiguas en ocasiones inexactas y obsoletas, en cuanto a superficie y linderos, y que presentaban dificultades para su actualización, aplicando los procedimientos de concordancia entre el Registro y la realidad anteriores a la citada reforma legal.

II. OBJETIVOS GENERALES DE LA LEY 13/2015

La Ley 13/2015 acierta en definir con claridad sus principales objetivos y asume las normas para asegurar la interoperabilidad entre los sistemas de in-

formación geográfica, en este caso los de Catastro y Registro de la Propiedad[14]. Como señala la propia Exposición de Motivos los objetivos de la Ley son:

1. Conseguir la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles.
2. A través de un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas.
3. Dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado.
4. Un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario.
5. Simplificación de la tramitación administrativa.

Una de las recomendaciones del Banco Mundial en su informe subnacional sobre «Doing Business» España publicado en 2015, respecto al indicador «registro de propiedades», es lograr una mayor coordinación entre Registro y Catastro. Concretamente en su página 60 se recoge como una de las recomendaciones «Reforzar la comunicación entre el Catastro inmobiliario y el Registro de la Propiedad para simplificar trámites a los usuarios» afirmando que «el intercambio de información entre Catastro y Registro puede contribuir a que las administraciones públicas tengan mejor información sobre las propiedades, sus titulares y su valor, todo ello importante a fines recaudatorios. Sin embargo este intercambio de información se puede realizar a través de la coordinación entre instituciones, sin trasladar la carga al usuario».

Coincidimos con GÓMEZ GÁLLIGO (2015, 18) en que la Ley 13/2015 de 24 de junio, supone la culminación de todo el proceso histórico legislativo de coordinación Registro-Catastro, destacando la exigencia de la utilización de las bases gráficas en determinados casos con carácter obligatorio, además de generalizar su uso con carácter potestativo, o el basarse en la utilización de la cartografía catastral y de la certificación catastral descriptiva y gráfica como base gráfica principal para la descripción e identificación de las fincas registrales.

Ahora bien, además de incardinarse en la serie de normas que históricamente han tratado de conseguir esa finalidad, la Ley 13/2015 supone una verdadera Ley de Jurisdicción Voluntaria registral, ya que conlleva la desjudicialización de todos los procedimientos para la coordinación del Registro y la realidad, evitando en la medida de lo posible la intervención de los órganos judiciales. Así lo afirma el punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley y, de hecho, en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria no se encuentran expedientes atribuidos a la competencia de los Registradores de la Propiedad. Se pretende así conseguir una mayor agilidad en dichos procedimientos pero sin menoscabar por ello el derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues se deja a salvo la posibilidad de acudir al recurso contra la calificación del registrador o a los Tribunales de Justicia para ejercitar las acciones correspondientes en caso de falta de avenencia entre las partes[15].

El impacto que supone en el modo de operar diario de los Registros se manifiesta los diversos ámbitos de la práctica registral cotidiana: desde el modo de numerar las fincas, pasando por las circunstancias de la inscripción, el tratamiento de las representaciones gráficas de finca o los procedimientos y requisitos para operaciones tan frecuentes como la inmatriculación, los excesos de cabida, obras nuevas o modificaciones de entidades hipotecarias.

III. NOVEDADES EN LA DESCRIPCIÓN DE INMUEBLES

1. Utilización de la misma cartografía en Registro y Catastro

El nuevo artículo 10 de la Ley Hipotecaria dispone que «La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad».

Se abandona de este modo el sistema de bases gráficas implantado conforme a la a la redacción anterior del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y la Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000. Así, el anterior artículo 9 preveía que podría completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referido a las redes nacionales geodésicas y de nivelación en proyecto expedido por técnico competente. De este modo para la elaboración de bases gráficas registrales se utilizaba la base gráfica catastral, pero también el Mapa Topográfico Nacional, imágenes cartográficas y otras bases de datos geográficas. Aun siendo la base gráfica catastral el soporte de partida, esta no constituía el contenido de las bases gráficas de las fincas registrales[16].

Con la reforma de la Ley 13/2015, existe una decidida intención de aprovechar la definición gráfica de los inmuebles ya existente en la institución Catastral evitando la elaboración de cartografías duplicadas o recurrir a una nueva elaboración mediante técnicos, salvo concretos supuestos a los que seguidamente aludiremos. La cartografía catastral ha pasado a ser, no solo la base para la identificación de las fincas registrales sino también para su descripción. Sin un sistema cartográfico de referencia único, muchas disfunciones (superposiciones de fincas) no se podrían detectar al tener sistemas geodésicos o de representación cartográfica distintos y podría provocar asientos contradictorios en el Registro[17].

Ahora bien, todo ello se entiende sin perjuicio de utilizar con carácter auxiliar otras cartografías disponibles, como son las bases gráficas existentes con anterioridad a la Ley. Esta utilización auxiliar es a los solos efectos de verificar la inexistencia de dudas de identidad por invasión de fincas colindantes inscritas o del dominio público. Sobre este punto volveremos más adelante.

2. La representación gráfica como circunstancia de la inscripción

Como ya señaló REQUEJO LIBERAL (2007, 69), se entiende por base gráfica registral la representación gráfica y georreferenciada de los perímetros que cierran la superficie de una finca cuando guardan identidad con la descripción que de una misma finca resulte del Registro, completando la identificación de la finca.

Sin duda la novedad de mayor relevancia que presenta la Ley es el nuevo sistema legal diseñado para el tratamiento, constancia registral y efectos jurídicos de la representación gráfica de las fincas registrales. En primer lugar, la propia terminología supera a la de la anterior reforma de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de manera que se destierra la expresión «base gráfica» que es sustituida por la de «representación gráfica». En segundo lugar, el tratamiento de las mismas ha pasado de ser un mero archivo y tratamiento informático para ser una circunstancia en la propia inscripción en el folio real.

La Ley utiliza indistintamente los términos de «incorporación» y de «inscripción» en relación con la representación gráfica de la finca, lo puede generar la duda sobre la naturaleza de la vinculación entre el asiento registral y la base gráfica. A pesar de la falta de precisión en el uso de la terminología registral, lo cierto es que la representación gráfica se configura legalmente como una circunstancia o dato de la inscripción, es decir, como parte de su contenido, por ello, debe concluirse que la representación gráfica es objeto de inscripción en el sentido técnico-registral de este término[18].

Una de las claves principales de la Ley es que se incrementa el número de supuestos en los que la identificación geográfica es requisito para la inscripción registral: ahora lo serán todos los supuestos de apertura de folio registral[19]. Así, se establecen los siguientes supuestos de operaciones en las que ha de aportarse preceptivamente la representación gráfica georreferenciada (en adelante, RGG) de la finca:

1. Inmatriculación.
2. Reordenación de los terrenos
   a) Parcelación,
   b) Reparcelación,
   c) Concentración parcelaria,
   d) Segregación, división, agrupación o agregación,
   e) Expropiación forzosa o
   f) Deslinde

En los demás casos, con ocasión del acceso de un negocio jurídico al Registro o incluso de forma específica, puede aportarse con carácter potestativo.

La regla general de aportación de representación gráfica es «que se tomará» la resultante de la certificación catastral descriptiva y gráfica. Tales certificaciones incluyen en la actualidad tanto la lista de coordenadas como un fichero en formato GML del que resulta la representación gráfica y permite su tratamiento informático.

La aportación de una RGG catastral no supone ninguna carga administrativa, pues la incorporación de las certificaciones catastrales a las escrituras públicas ya resultaba del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RD Legislativo 1/2004 de 5 de marzo.

Así, conforme a la Resolución de 7 de julio de 2016, la constancia obligatoria de la representación gráfica resulta aplicable a la inmatriculación incluso cuando se realice en virtud de un título obtenido en procedimiento tramitado conforme a la anterior normativa (expediente de dominio), ya que se trata de una circunstancia de la inscripción. Esto no supone añadir ningún requisito nuevo a la documentación que es válida según la legislación anterior: dicha representación gráfica será necesariamente la catastral que ya debía aportarse conforme a la normativa vigente antes del 1 de noviembre de 2015 (apartado séptimo del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

3. Posibilidad de Representación Gráfica Alternativa

A) Supuestos

Solo en determinados supuestos puede utilizarse una representación no catastral, que en todo caso se comunica a Catastro para que se efectúen las modificaciones correspondientes. Tales supuestos en la práctica pueden surgir:

— Porque los interesados pongan de manifiesto discrepancias de la realidad física con la representación catastral.
— Porque haya sobrevenido tal discrepancia a consecuencia de una operación de modificación hipotecaria.

Queda excluida la inmatriculación que es un supuesto en el que obligatoriamente ha de aportarse una RGG catastral que resulte de la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto, sin que se admita representación alternativa (arts. 10.3 y 205 LH). Así lo ha reiterado la DGRN[20] aunque quizás este criterio debería flexibilizarse en los casos excepcionales en los que tal RGG catastral no existiera, como puede suceder en los peculiares casos de «casas-cueva» típicos de algunos municipios [21].

B) Requisitos técnicos

La Resolución Conjunta de la DG Catastro y DGRN de 26 de octubre de 2015 pormenoriza en su punto 7.º unos minuciosos requisitos que debe reunir

tal RGA, en concreto deberá contenerse en un fichero informático, en formato GML, previsto en el Anexo de la Resolución, cuyos datos deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes cuya inscripción se solicita.

El citado fichero habrá de estar firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que haya intervenido en su elaboración, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario o autoridad competente. Además deberá estar representada sobre la cartografía catastral y respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la misma, precisando las partes afectadas o no afectadas, de modo que el conjunto de todas las parcelas catastrales resultantes respete la delimitación que conste en la cartografía catastral (cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria).

También debe contener la fecha de realización, los datos del solicitante, la metodología utilizada, los datos de identificación de las parcelas catastrales afectadas, la representación gráfica de cada una de las parcelas resultantes, representadas sobre la cartografía catastral, la superficie obtenida y un listado de coordenadas de sus vértices y declaración del técnico, bajo su responsabilidad, que el trabajo se ha ejecutado cumpliendo las especificaciones técnicas contenidas en la Resolución conjunta, siguiendo la metodología especificada, no estar incurso en causa alguna que le impida o limite el ejercicio legítimo de su profesión o de incompatibilidad legal para su realización, así como el cumplimiento todos los requisitos técnicos que se detallan en el número 2 del apartado séptimo de la Resolución conjunta.

El cumplimiento de todos estos meticulosos requisitos puede suplirse aportando el informe de validación técnica del Catastro, previsto en el número 4 del apartado segundo de esta Resolución. A tal efecto cualquier interesado, siempre que se encuentre debidamente identificado, podrá utilizar los servicios, que estarán disponibles en la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, de descarga de la geometría de las parcelas catastrales y de validación técnica de las parcelas resultantes de la modificación realizada.

Actualmente se encuentra disponible dicho servicio de validación, que proporciona un informe, que puede acompañarse o incorporarse al título inscribible, cuyo Código Seguro de Validación permite al Registrador obtener el fichero informático GML con la representación gráfica que, una vez calificada positivamente y tramitado el procedimiento que corresponda, será incorporable al folio registral.

El incumplimiento de estos requisitos técnicos es defecto que impedirá la inscripción (RDGRN de 16 de enero de 2017). Ahora bien la finalidad de exigir el estándar GML se encuentra en facilitar intercambio de información con Catastro. El GML es un fichero de texto, similar a un XML, de fácil manejo por su escaso «peso», aunque la exigencia de un fichero GML no debería ser una nueva carga administrativa que se imponga al particular. Es solo un formato informático que facilita la coordinación e interoperabilidad entre instituciones.

Por ello sería defendible que desde los Registros, que disponen de medios técnicos suficientes para ello, se facilite a los particulares la elaboración del fichero si fuera necesario a partir de una lista de coordenadas previamente aportada incluso en formato papel.

4. La importancia de la representación gráfica

Podemos destacar tres aspectos de la relevancia de la representación gráfica como medio para describir las fincas según se concibe en la Ley 13/2015:

A) Avance tecnológico

La Ley supone un gran salto cualitativo en la descripción de los inmuebles. A la tradicional descripción literaria (en muchas ocasiones insegura e incierta) se suma una descripción con coordenadas georreferenciadas, proporcionando de modo inequívoco la localización y la definición del recinto poligonal sobre el que recae el derecho de propiedad, utilizando medios electrónicos y aplicaciones informáticas.

Georreferenciar una finca es una técnica que permite ubicar en el espacio de manera unívoca dicha finca; es decir, le confiere una localización geográfica única, definida por unas coordenadas en un sistema de coordenadas determinado. Hay que resaltar que esto es muy importante, ya que, dichas coordenadas permiten en cualquier momento volver a marcar en el terreno los límites de la finca[22].

B) Avance en seguridad jurídica en el tráfico de inmuebles

La utilización de estas tecnologías permite evitar invasiones de colindantes, del dominio público o dobles inmatriculaciones, logrando una mayor certeza en la descripción de inmuebles.

Como ya hemos indicado anteriormente, a diferencia de la normativa anterior, en la que a lo más que se llega jurídicamente es a prever el archivo de la base gráfica, ahora la Ley habla de inscripción, de manera que la RGG forma parte de la inscripción como un elemento descriptivo más.

Aunque el artículo 9.b hable de que se «complementa» la descripción literaria, posteriormente se contradice, ya que la RGG conlleva la rectificación de la descripción literaria. En realidad, la verdadera descripción de la finca es la que consta en la RGG. Así el párrafo séptimo del artículo 9 b) reza lo siguiente: «Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria». Únicamente se refiere el precepto

a la cabida, sin hacer referencia a otras circunstancias reglamentarias que han de constar en la descripción literaria de la finca, tales como la situación o los linderos.

En cuanto a la situación se explica ya que la georreferenciación de la finca determinará la localización exacta de la misma definida por las coordenadas de sus vértices, sin que de la representación gráfica resulte por sí la denominación del lugar la situación que permita su rectificación literaria lo que sí ocurre con la cabida que es la que resulta contenida en el recinto representado.

Respecto de los linderos, una vez definida gráficamente la finca parece superfluo pormenorizarlos literariamente, habida cuenta de su carácter cambiante cuando se definen refiriéndose a titulares y no a la numeración de fincas o parcelas.

En este sentido la DGRN ya ha venido considerando la menor importancia de la expresión literaria de los linderos en diversas Resoluciones. Así, la Resolución de 19 de febrero de 2015 estima que si se acredita la identidad entre la finca inscrita y la que se describe en la certificación catastral, ningún problema hay en reflejar registralmente los nuevos linderos de esta, lo cual no supondría un supuesto de rectificación del Registro, sino más bien de actualización de este. A efectos de inmatriculación, analizando la norma del artículo 53 de la Ley 13/1996, consideran las Resoluciones de 15 de diciembre de 2014 y 15 de junio de 2015 que la total coincidencia a que se refiere hay que entenderla referida, de manera ineludible pero también suficiente, a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, esto es, a su situación, superficie y linderos. Ahora bien, una finca, desde el punto de vista literario, puede ser descrita con mayor o menor profusión de detalles, incluso intercalando calificativos o apreciaciones sobre sus cualidades, o cualesquiera otras circunstancias, pero, tratándose de una porción de la superficie terrestre, con independencia de los elementos que contenga en su interior, lo que la identifica de manera indubitada, necesaria y suficiente, y la distingue de sus colindantes es la precisión de su ubicación y delimitación geográfica, es decir, dónde se encuentran exactamente sus límites perimetrales, lo cual determina, geométricamente, cuál es la superficie que abarcan, y, normalmente por accesión, la propiedad de lo que entre ellos se encuentre enclavado. Por ello, esa total coincidencia que exige el precepto ha de referirse, de manera ineludible, pero también suficiente, a la ubicación y delimitación geográfica de la finca, esto es, a su situación, superficie y linderos. Incluso, en puridad conceptual, bastaría con la concreción de la ubicación geográfica precisa de los linderos de la finca, que es tanto como decir la finca misma.

C) Reforzamiento de la eficacia frente a terceros de los pronunciamientos registrales

Según el apartado 5 del nuevo artículo 10 de la Ley Hipotecaria «alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la

finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real». Por tanto, la gran novedad de la Ley es que los datos físicos de la finca, según resultan de la representación gráfica, pasan a gozar de las presunciones de existencia y pertenencia a su titular.

Sin embargo, tales efectos únicamente se producen cuando existe coordinación gráfica con Catastro, es decir por haberse utilizado una representación gráfica catastral o cuando siendo alternativa ha sido previamente validada por la Administración y han transcurrido 6 meses sin que Catastro se oponga a esta coordinación. En los demás casos de utilización de una RGA, no se producen estos efectos[23].

Como ya señalaron LACRUZ y SANCHO (1984, 195-196), los límites de la finca, aun cuando son en sí un dato de hecho, entrañan también una cualificación jurídica, al señalar la extensión del derecho de propiedad y la medida superficial que contribuye a la identificación del inmueble. Tradicionalmente la jurisprudencia vino considerando estos datos como indicaciones fácticas a las que no se extendía la tutela del Registro, pero a partir de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, algunas Sentencias[24] concedieron credibilidad a las manifestaciones del Registro sobre datos y circunstancias de hecho de la finca en virtud de la presunción del artículo 38 LH. Si bien no existe una doctrina jurisprudencial uniforme sobre el alcance de la garantía del Registro en el ámbito de los datos de hecho, en muchos casos el obstáculo que impide atribuir valor a la descripción registral de la finca es el hecho de que la descripción es imprecisa[25].

No debe olvidarse que esta previsión de eficacia en caso de coordinación ya se contenía en la norma novena letra c) del Real Decreto 1030/1980, de 3 de mayo: «Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, cuando en los asientos del Registro conste la coordinación de una finca con el Catastro Topográfico Parcelario se presumirá, salvo prueba en contrario, que los datos descriptivos de la misma contenidos en el folio registral coinciden con la realidad física».

Asimismo, la DGRN ya afirmó en varias ocasiones (Resoluciones de 1 de septiembre de 1992 o 7 de junio de 2012) que los datos físicos de las fincas que figuran en los asientos registrales no carecen de valor, citando las Sentencias de 14 de diciembre de 1986; 6 de febrero, 24 de julio y 23 de octubre de 1987. Precisamente el principio de legalidad en su vertiente de calificación registral está en relación con el principio de legitimación registral, pues si se presume la exactitud del Registro en cuanto a la forma determinada por el asiento respectivo (art. 38.1.º de la Ley Hipotecaria) y queda bajo la salvaguarda de los Tribunales mientras no se rectifique por los medios previstos en la Ley (art. 1.3.º de la Ley Hipotecaria), de ello deriva la necesidad de extremar la calificación registral y de consignar adecuadamente en los asientos las descripciones de las fincas.

Como señala DÍAZ FRAILE (2015, 900), la nueva redacción del artículo 10.5 eleva a categoría normativa lo que hasta ahora era cuestión sujeta a la interpretación de la jurisprudencia en función de las circunstancias del caso concreto. Ahora, una vez inscrita la representación gráfica catastral, la presunción de exactitud ya no requerirá valoración de las particularidades del caso concreto, sino que se aplica de forma inmediata a los datos de la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.

5. Calificación de representaciones gráficas

Como ha señalado PUYAL SANZ (2016, 44), la calificación registral tiene un carácter esencial y con la nueva reforma va a extenderse, más allá de su ámbito jurídico tradicional, a la descripción y delimitación de la finca. Dicha labor de calificación consiste en determinar la correspondencia entre la descripción literaria y la representación gráfica, así como en evitar la superposición o invasión de fincas colindantes o del dominio público.

Por ello, los registradores a la hora de efectuar la calificación de las representaciones gráficas que se aporten deberán tomar en consideración los siguientes puntos:

A) Correspondencia de la finca con la representación gráfica

Conforme al artículo 9 b) LH se entiende 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.

No debe confundirse la correspondencia gráfica de la finca con la identidad de la finca con una referencia catastral. Esta última sirve para localizar las fincas registrales en la cartografía catastral y en el territorio pero sin establecer que la descripción y delimitación sean idénticas[26]. En tal sentido se ha pronunciado la DGRN en Resolución de 6 de mayo de 2016[27].

En los supuestos de inmatriculación, conforme al artículo 205, debe existir identidad en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica. La DGRN ha interpretado en varias Resoluciones (18 y 21 de abril de 2016, 5 y 12 de mayo de 2016, 23 de junio de 2016, 1 de julio de 2016) que se exige el mismo requisito de coincidencia total y absoluta en relación a la superficie del suelo que existía con la normativa anterior a la

Ley 13/2015, considerando, además de la dicción del artículo 205, lo dispuesto en el artículo 9.b de la Ley Hipotecaria, pues la inmatriculación es un supuesto de incorporación-coordinación obligatorio en relación a la representación gráfica georreferenciada.

B) Bases gráficas disponibles

Señala el artículo 9 b) LH que a efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación. Se da cobertura aquí a la utilización de las representaciones gráficas que venían utilizándose en los Registros conforme a la redacción anterior del precepto conforme a los artículos 9.1 de la Ley Hipotecaria (en su redacción anterior a la Ley 13/2015 de 24 de junio), 398.b) de su Reglamento, y a la ya derogada Instrucción de la DGRN de 2 de marzo de 2000.

C) Aplicación informática auxiliar

Además se dispone que todos los registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos. Actualmente ha sido homologada la versión 1.3.10. RC 5.b44 en RDGRN de 2 de agosto de 2016.

D) Dudas de identidad

Las Resoluciones de 22 de abril de 2016, 8 de junio de 2016 y 10 de octubre de 2016 aclaran la nueva concepción de las dudas sobre la identidad de la finca con la nueva Ley. Así, considerando también los artículos 199 y

201, la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto 4.º de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el Registrador han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Por tanto, no debe confundirse «dudas de identidad» con falta de correspondencia entre la descripción literaria y la representación gráfica.

E) Protección del dominio público

Las Resoluciones de 15 de marzo de 2016 y 12 de abril de 2016 ponen de manifiesto la importancia de la protección del dominio público, incluso no inscrito, de manera que la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso, el Registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público.

Por tanto, podemos afirmar con FANDOS PONS (2016, 505) que cuando la finca colindante es de titularidad pública la Ley le concede un privilegio derivado del carácter de su titularidad: la protección registral no se deriva ya solo del contenido del Registro, sino que se extiende al contenido gráfico que pueda resultar de la Administración, aunque la finca de titularidad pública no esté inscrita.

En este punto entra en juego el concepto de información territorial asociada a las bases gráficas como aquellas especiales consideraciones jurídicas de partes determinadas del territorio, sancionadas oficialmente y de las cuales resultan condiciones restrictivas o expansivas al dominio delimitador de las fincas registrales, siendo, en definitiva, una adaptación al ámbito hipotecario del concepto de interoperabilidad[28].

De este modo el Registro de la Propiedad se puede convertir en el punto de encuentro entre los intereses administrativos y los particulares de los titulares registrales interesados: la información asociada puede atender los intereses de los titulares registrales dando a conocer actuaciones sobre el territorio o puede dirigirse a atender los intereses de la Administración poniendo en su conocimiento los cambios de titularidad[29], además de incorporar la tutela del dominio

público no inscrito o el respeto a limitaciones de interés público a través de la calificación registral de las representaciones gráficas.

Además, la Ley ha previsto que se haga constar por nota marginal la calificación urbanística, medioambiental o administrativa. Ya en la anterior redacción del artículo 9, que introdujo la disposición adicional 28 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se contemplaba la incorporación de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa a través de las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas. Por otra parte, también antes de la Ley 13/2015 se hacían constar por nota marginal estas circunstancias, en los supuestos de los artículos 73 y siguientes del RD 1093/1997 de 4 de julio[30] o de los artículos 33 y 34 de Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados[31].

6. Procedimientos para la incorporación de la RGG: Garantías

A) Intervención de los colindantes

La Ley no se caracteriza por su claridad a la hora de exponer los procedimientos a través de los cuales se puede incorporar una RGG al Registro. Ahora bien, tanto en el artículo 9 como en el artículo 199 se incluye la importante garantía que es la notificación y formulación de alegaciones por los colindantes.

El artículo 199 LH regula el procedimiento para «La inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro», según se define en el artículo anterior. Este procedimiento básicamente consiste en:

— RGG catastral: notificación previa a colindantes registrales
— RGG alternativa: notificación previa a colindantes catastrales y registrales.

En ambos casos se habla de «colindantes afectados» y se da un plazo de 20 días para alegaciones. La concesión de un plazo de 20 días implica de suyo una suspensión en el plazo ordinario de 15 días para calificación y despacho de la documentación presentada y su extensión en este caso hasta los 35 días hábiles[32].

La DGRN ha realizado una interpretación conjunta de los artículos 9.b, 199, 200 y 201, señalando al respecto lo siguiente:

— Carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno.
— Del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa de dicho procedimiento, con notificación posterior a los colindantes.

— Por tanto deberá tramitarse el procedimiento con notificación previa si:

1. Se incluye alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10%
2. O si hay alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto).

La DGRN en diversas Resoluciones (5 de mayo de 2012, 19 de julio de 2016, 14 de noviembre de 2016) ha recordado que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además que puedan tener acceso al Registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial. La notificación a los colindantes constituye un trámite esencial en los procedimientos para la acreditación de un exceso de cabida: «la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión».

En cuanto a qué se entiende por colindantes registrales, serán los que figuren en la descripción literaria, o los que de los índices u otros asientos (por ejemplo segregación previa) resulten como tales, y, por supuesto, los que resulten de las bases gráficas existentes.

Como señala DÍAZ FRAILE (2015, 889), la localización de las fincas registrales colindantes, en caso de que no la realice directamente el promotor, y en el supuesto de que no se trate de fincas urbanas fácilmente localizables por nombre y número de vía pública, podría resultar de gran dificultad sin la utilización de la aplicación informática de bases gráficas, que integrará la «trama» completa de las representaciones gráficas de las fincas registrales ya dadas de alta en el sistema, aunque no se trate de representaciones gráficas inscritas. En este aspecto recobra sentido la utilización de dicha aplicación como elemento «auxiliar» de calificación. Con todo, el sistema puede tener fallos por cuanto no todas las fincas registrales existentes en España (en torno a 15 millones) está localizadas y e incorporadas a dicha aplicación informática.

Respecto a la forma de efectuar dicha notificación, ante el silencio del artículo 199, la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 considera que «Las notificaciones personales que el Registrador haya de efectuar se realizarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria». Dicho

precepto se remite a la Ley de Procedimiento Administrativo Común, por lo que actualmente habrá que estar a los artículos 40 y 41 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre.

B) Publicidad del procedimiento

Otras garantías que se establecen en la Ley están destinadas a facilitar la realización de las notificaciones y al conocimiento público del procedimiento. Destacamos:

1. El nuevo sistema de notificaciones edictales centralizado a través de remisión telemática al *BOE*. Este sistema permite un acortamiento de los plazos de remisión y publicación, y facilita el conocimiento por los interesados a través del Tablón Edictal Único. El artículo 199 LH prevé la notificación por este medio si el interesado fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva.
2. Un nuevo sistema de publicidad y alertas gráficas registrales. El acceso a la información sobre recintos gráficos registrales es libre, público y gratuito. Se prevé en la regla séptima del artículo 203.1. Con ello se facilita accesibilidad por ciudadanos y administraciones a la información jurídica sobre el territorio. El sistema, en su fase inicial, se encuentra ya operativo y puede accederse en la web https://geoportal.registradores.org.

Como señala la Resolución-Circular de 3 de noviembre, las características básicas son:

a) Posibilidad del acceso público a los recintos geográficos cuya inscripción se solicite o se haya practicado a partir del 1 de noviembre de 2015, con acceso a los datos identificativos del asiento de entrada del documento y, cuando conste, al código de finca registral.
b) Posibilidad de efectuar solicitudes de publicidad formal al registro competente en relación al asiento o finca respectivo.
c) Permitir suscribirse a un servicio de alertas gráficas sobre una o varias fincas registrales de la propiedad del solicitante de forma que se notifique al solicitante cualquier inscripción gráfica que se practique en dicho territorio durante un periodo de 30 días. Dicho servicio tendrá la consideración de certificación con información continuada.

7. El Código Registral Único

El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquella (art. 9 LH). Según el nuevo artículo 3.1 de la Ley del Catas-

tro, cuando los inmuebles estén coordinados con el Registro de la Propiedad se incorporará dicha circunstancia junto con su código registral.

Esta nueva numeración unívoca facilita el tratamiento informático, el intercambio de información y la coordinación. El sistema tradicional es distorsionador al contener numerosas variables (sección, ayuntamiento, duplicados, bis, etc.) que dificultan dicho tratamiento informático.

Como señala con acierto OLIVA IZQUIERDO (2016, 30), debe advertirse que el propio artículo 9 prevé que la incorporación se haga al folio real pero no a la inscripción misma. Conforme al punto quinto de la Resolución-Circular de la DGRN de 3 de noviembre de 2015, el Código Registral Único de finca contemplado en el artículo 9 y otros de la Ley Hipotecaria, será aplicable tanto a las fincas registrales preexistentes al 1 de noviembre de 2015 como a las que abran folio real a partir de dicha fecha, incluidas las participaciones indivisas que determinen la apertura de folio registral. Lo más correcto es la asignación a las nuevas fincas en el encabezamiento, en tanto que a las fincas preexistentes se haga constar por nota marginal, según prevé dicha Resolución-Circular.

A partir de la fecha de la Resolución por la que se aprueba la homologación de la aplicación a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria (Resolución de 2 agosto de 2016), a las nuevas fincas registrales y demás supuestos que conforme a la legislación hipotecaria abran folio real propio, solo se les asignará el código único de finca registral especificado en esta Resolución-Circular, y, para evitar duplicidades y disfunciones, no se les asignará el número de finca o subfinca particular dentro de cada registro, término municipal y sección que procedía conforme a la normativa reglamentaria anterior a la implantación legal del código registral único.

La Resolución-Circular destaca el carácter exclusivo de este Código, de manera que una finca registral, en tanto mantenga su individualidad jurídica través de su propio folio real, no podrá tener más que un código registral único, que en todo caso permanecerá invariable, y ello con independencia de las alteraciones que se produzcan en la demarcación geográfica de los distritos hipotecarios. A una nueva finca no se le podrá asignar el mismo código registral único de finca que hubiera tenido ninguna otra con anterioridad.

Como ha señalado la RDGRN de 2 de septiembre de 2016, puede continuar utilizándose la numeración tradicional únicamente a efectos meramente internos o para facilitar el trabajo de la oficina. Y tratándose de fincas ya existentes a las que se les asigne el código registral único, al objeto de asegurar una debida identificación de la finca registral, deberá hacerse referencia tanto en la nota de despacho del documento, como en la publicidad formal, incluida la que haya de proporcionarse a los Notarios con ocasión de la autorización de alguna escritura (cfr. art. 354 a) del Reglamento Hipotecario), tanto el código registral único, como el número de finca registral tradicional.

8. Intercambio de información entre Registro y Catastro

La Ley prevé procedimientos telemáticos para el intercambio de información gráfica y de titularidades entre el Catastro y el Notariado y Registros. Esto favorece la interconexión e interoperabilidad de ambas bases de datos, además de suponer una simplificación de los procedimientos de actualización de datos catastrales y disminución de cargas administrativas a los contribuyentes.

Se regula detalladamente en la Resolución Conjunta de la DGRN y DG Catastro de 26 de octubre de 2015 y en la Resolución DG Catastro de 26 de octubre de 2015, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los Notarios.

Para facilitar este intercambio, esta interoperabilidad, es por lo que en la citada Resolución conjunta se prevé la utilización del estándar GML.

Las nuevas Resoluciones de intercambio de información hacen efectivo el principio de interoperabilidad proclamado en la Ley, estableciendo que el intercambio de datos se debe realizar de modo telemático, utilizando sistemas de firma electrónica. En el caso de los Notarios, gracias a estos sistemas, se acortan significativamente los plazos legalmente para la remisión de la información, que ahora oscilan entre las 24 horas (para que el Catastro emita el informe de validación de la información gráfica) y los cinco días (para remitir la información desde el otorgamiento de las escrituras).

Se regula así un sistema ágil, barato y seguro de intercambio de la información relevante para la colaboración entre los fedatarios públicos y el Catastro, lo que permite dialogar a los sistemas de información de los distintos agentes, para que interoperen adaptándose a las necesidades propias de su función. Además se ha adaptado la normativa catastral sobre firma electrónica para lograr que la respuesta del Catastro se realice sin intervención de un funcionario, mediante actuación administrativa automatizada. El Catastro emite los informes de validación catastral de la información gráfica y alfanumérica objeto de intercambio de modo inmediato, y comunicará las actuaciones y acuerdos posteriores resultado de las actuaciones catastrales realizadas tan pronto como se realicen (asignación de referencias, cambios de titularidad, alteraciones gráficas, etc.)[33].

IV. ALGUNAS CUESTIONES PRÁCTICAS QUE SE PLANTEAN CON LA LEY Y SOLUCIONES ADOPTADAS POR LA DGRN

1. Inscripción de representaciones gráficas en un Registro en soporte papel

Como ha señalado la DGRN en Resolución de 1 de octubre de 2015, aunque el artículo 238 de la Ley Hipotecaria en su párrafo segundo prevé la llevanza de los libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles

por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido; no obstante la utilización de estos medios informáticos como auxiliares para la llevanza del Registro, el párrafo primero del mismo precepto dispone que el Registro de la Propiedad se lleva en libros foliados y visados judicialmente, libros que son uniformes para todos los Registros y formados bajo la dirección del Ministerio de Justicia (art. 239) y, por tanto, manteniendo el tradicional soporte papel. Solo los libros formados y llevados de este modo hacen fe del contenido del Registro (art. 240).

Si la representación gráfica de la finca forma parte de la inscripción, y si esta debe estar extendida en los libros de soporte papel formados y visados conforme a las exigencias y formalidades del artículo 238 de la Ley Hipotecaria, no cabe plantear que la representación gráfica de las fincas no conste en los asientos de dichos libros (como documento original), y ello con independencia de que paralelamente dichas representaciones gráficas deban constar también en soporte electrónico en la base de datos correspondiente o en otra asociada, como copia de seguridad, incluso como copia auténtica o certificación firmada electrónicamente por el Registrador[34].

La cuestión se resuelve en el punto tercero de la Resolución-Circular DGRN de 3 de noviembre, mediante la utilización de la aplicación informática para el tratamiento de las representaciones gráficas:

— Se obtiene la representación, a partir de la certificación catastral descriptiva y gráfica presentada o de la representación alternativa, con su previa validación técnica catastral, o, a falta de tal validación técnica, del archivo electrónico con formato GML y contenido previsto en la Resolución conjunta.
— Se le adicionan como metadatos la identificación del asiento de presentación y el código de finca registral, generando un archivo electrónico, también en formato GML, que firmar el registrador con su certificado reconocido de firma electrónica.
— En el acta de inscripción en el folio real el Registrador incluirá la expresión formal de que inscribe la representación gráfica y lista de coordenadas que constan en el referido archivo electrónico con indicación del Código Seguro de Verificación (CSV) del mismo, generado en el anterior procedimiento de firma, con el fin de relacionar la descripción de la finca contenida en el folio real con la representación gráfica incorporada al archivo GML firmado por el Registrador.
— Dicho archivo se remite, junto a su código seguro de verificación al correspondiente portal de servicios registrales geográficos del Colegio de Registradores, el geoportal.

A juicio de DÍAZ FRAILE (2015, 867), esta solución supone que parte del contenido de los asientos registrales, su representación gráfica, se «externaliza»

del folio real, quedado alojado en servidores locales y centrales, y vinculado con dicho folio real a través de un sistema de código seguro de verificación, código que constituye un sistema de autenticación de archivos electrónicos. El sistema descrito supone en suma la apertura y habilitación de un legajo, archivo o libro auxiliar, no físico sino electrónico, conforme a las previsiones del artículo 362 *«in fine»* del Reglamento Hipotecario, conforme al cual entre los libros y cuadernos que se podrán llevar en los Registros de la Propiedad, se encuentran «Los libros y cuadernos auxiliares que los Registradores juzguen convenientes para sus servicios».

2. La nueva doctrina sobre excesos de cabida

Conforme la Resolución 17 de noviembre de 2015 (reiterada en las de 22 de abril de 2016, 23 de mayo de 2016, 30 de junio de 2016) a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, cabe enunciar los medios para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos:

— Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a, y letra b de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes».
— El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria, cuando tras aludir al límite máximo del 10%, prevé que «una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria». Este concreto supuesto tampoco está dotado de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, si bien, como señala el artículo citado, «el Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo

que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación». Adviértase que el caso de rectificaciones superficiales no superiores al 10% y basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica puede acogerse tanto a la regulación y efectos del artículo 201.3, letra a, como a la del artículo 9, letra b.

— Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices —pues no en vano, como señala el artículo 199, es la delimitación georreferenciada de la finca la que determina y acredita su superficie y linderos, y no a la inversa—. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria. Ambos procedimientos, especialmente cualificados, sí que incluyen entre sus trámites una serie de garantías de tutela efectiva de los intereses de terceros afectados y todo ello con carácter previo a la eventual práctica de la inscripción registral que en su caso proceda, tales como las preceptivas notificaciones a colindantes y demás interesados, publicaciones de edictos en el «Boletín Oficial del Estado», publicación de alertas geográficas registrales, y la concesión de plazo para que los interesados puedan comparecer y alegar en defensa de sus intereses ante el funcionario público —Registrador o Notario, según el caso— competente para su tramitación. Y es precisamente por virtud de su mayor complejidad de tramitación y mayores garantías para colindantes y terceros en general por lo que su ámbito de aplicación y efectos es justificadamente mucho más amplio que el de los otros supuestos concretos admitidos por la ley y enunciados en los dos primeros grupos antes aludidos.

Podría plantearse si el procedimiento del artículo 199 puede aplicarse a modificaciones de superficie que excedan del 10% ya que dice el precepto que «La certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, será objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9». Y el artículo 9.b dice que «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».

Como ya hemos visto, la DGRN en la Resolución de 22 de abril de 2016 aclara la concepción de las dudas sobre la identidad de la finca con la nueva Ley. Así, afirma que no puede rechazarse a efectos de tales procedimientos la utilización de una representación gráfica catastral por el motivo de exceder un diez por ciento de la cabida inscrita. La remisión del artículo 199 al artículo 9 en cuanto a la calificación de la RGG debe entenderse referida a la utilización de la aplicación informática auxiliar para verificar que no existe invasión de fincas colindantes o de dominio público, sin que esta calificación pueda equipararse al porcentaje de correspondencia de la finca con la descripción literaria.

3. Modificaciones de entidades hipotecarias

A) El problema de la Representación Gráfica Alternativa

Como hemos visto, con la nueva Ley, de conformidad con el artículo 9 b, es obligatorio aportar la RGG en los supuestos de las denominadas modificaciones de entidades hipotecarias: agrupación, segregación, división y agregación.

A diferencia de los casos de inmatriculación, en los que la representación gráfica será la resultante de la certificación catastral descriptiva y gráfica (cfr. arts. 203 y 205 LH), en estas modificaciones hipotecarias sucede con frecuencia en la práctica que no estarán dadas de alta en Catastro las fincas resultantes de tales operaciones, por lo que se precisará aportar una representación gráfica alternativa (RGA).

Esto ha supuesto una grave dificultad práctica en los primeros meses de aplicación de la Ley, ya que, por aplicación de la Resolución conjunta, era exigible la aportación de un fichero informático en formato GML, lo que suponía una nueva exigencia adicional.

Estos casos pueden solucionarse sin necesidad de entorpecer el tráfico jurídico por falta de representación gráfica, con arreglo a las siguientes pautas:

— Una vez finalizada la implantación de los medios tecnológicos previstos en las Resoluciones sobre comunicación, la documentación puede llegar a los Registros con la nueva representación catastral operada, ya que los plazos para la comunicación por los Notarios y respuesta del Catastro son muy breves según hemos visto anteriormente (el Notario comunica en 5 días y en 24 horas Catastro comunica la nueva referencia catastral de las fincas).
— Se encuentra ya operativo en la Sede Electrónica de Catastro el servicio de validación de representaciones gráficas, mediante el cual se garantiza el cumplimiento de los requisitos técnicos de la RGA aportada, conforme al punto 7 de la Resolución Conjunta. Este servicio facilita informes

de validación con CSV que permiten recuperar la RGA validada en formato GML.

— Desde los Registros se disponen de medios suficientes para la generación de ficheros GML a partir de una lista de coordenadas, por lo que se puede facilitar a los particulares el cumplimiento de esta exigencia.

— La RDGRN de 12 de febrero de 2016 facilitó transitoriamente la aportación de una RGA que no figure en formato GML. Antes de la homologación de la aplicación informática e implantación el sistema de comunicación de información en previsto en la citada Resolución Conjunta, se admitió la aportación de la representación geográfica y lista de coordenadas correspondientes a una determinada finca en cualquier formato que permitiera al Registrador generar un archivo electrónico en formato PDF que las contenga junto con el Código de Finca Registral, firmado con su certificado reconocido de firma electrónica, haciendo constar en el acta de inscripción que se inscribe la representación gráfica y lista de coordenadas que constan en el referido archivo, expresando su código seguro de verificación. Y ello sin perjuicio, de que una vez efectuada dicha homologación y operativo el sistema de comunicación de información, a través del mismo se dé cumplimiento por el Registrador a las obligaciones que le incumben conforme a la expresada Resolución conjunta en cuanto a todas las representaciones gráficas que se hayan inscrito desde la entrada en vigor de la Ley 13/2015.

— En todo caso, si la RGA no está validada por Catastro, sin perjuicio de la calificación por el Registrador y la tramitación del procedimiento previsto en el artículo 199.2, hay que recordar que la inscripción de la misma no goza de los efectos jurídicos previstos en el artículo 10.5 LH (legitimación registral del art. 38 LH), a los que antes nos referimos.

B) Ámbito temporal y procedimiento

La citada Resolución de 12 de febrero de 2016 plantea las siguientes cuestiones:

— Ámbito temporal: todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, en el que se formalice una división o agrupación de finca, incluyendo las subespecies registrales de la segregación y la agregación, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015, habrá de cumplir con la exigencia legal de aportación preceptiva, para su calificación e inscripción, de la representación georreferenciada con coordenadas de los vértices de las fincas a las que afecte.

En este punto cabe recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la segregación o división (*vid.* Resolución de 23 de julio de 2012

y 2 de abril de 2014), son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

Además, los documentos públicos que, conteniendo actos de agrupación, agregación, división o segregación, se hubieran otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015, no pueden acogerse, pues no están contempladas en ella, a la excepción prevista en la disposición transitoria única de la Ley 13/2015, la cual se refiere únicamente a que los procedimientos regulados en el Título VI de la Ley Hipotecaria (entre los que claramente no cabe entenderse incluido el mero otorgamiento de documentos público de agrupación o división de terrenos) que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su Resolución definitiva conforme a la normativa anterior.

— Procedimiento de inscripción de la preceptiva representación georreferenciada: A esta cuestión ya nos hemos referido *supra*. No se exige procedimiento previo alguno con intervención de colindantes y terceros, sin perjuicio de que el registrador notificará el hecho de haberse practicado la rectificación que se hubiera hecho a los titulares de derechos inscritos (Resolución de 17 de noviembre de 2015) cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10%, o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

C) Cuestiones Prácticas

La doctrina de la DGRN trata de solventar ciertos problemas que con frecuencia se plantean en la práctica registral:

— La Resolución de 1 de julio de 2016 señala que en caso de modificaciones hipotecarias sucesivas que acceden simultáneamente al Registro, basta aportar la georreferenciación de la última de ellas que refleje la situación definitiva de las fincas. Ello será especialmente útil en caso de segregaciones o agrupaciones muy antiguas o en las que ya la finca no exista como tal, por haberse sucedido otras operaciones de modificaciones hipotecarias posteriores. Debe considerarse que cuando la finca ya no tiene existencia actual puede ser

imposible obtener sus coordenadas, lo que impediría definitivamente la inscripción de títulos válidamente otorgados en su día.

— La Resolución de 7 de julio de 2016 hace referencia al supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación.

Considera la DGRN que en tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción (cfr. art. 9 de la Ley Hipotecaria). Y ello por aplicación de la previsión del propio artículo 47 del Reglamento Hipotecario cuando señala que se hará constar la descripción de la porción restante (entendiendo incluida en esta la representación gráfica de la finca) cuando esto «fuere posible». Esta imposibilidad deberá valorarse en cada caso de modo objetivo, y, así, también podría entenderse que concurre cuando la inscripción de la representación gráfica de una porción restante no pueda practicarse por haberse calificado negativamente, siempre que ello no afecte a la calificación positiva e inscripción de la representación de la porción segregada.

4. Desplazamientos en la cartografía catastral

La Ley 13/2015 parte de la base de la disparidad en la descripción de los inmuebles en Registro y Catastro y en la presunción de exactitud del Catastro (art. 3: «A los solos efectos catastrales, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen exactos»), por lo que la coordinación ha de hacerse ajustando la finca a la parcela. Por excepción, habrá de hacerse ajuste de la parcela a la finca cuando los interesados reconozcan el error catastral, pudiendo aportarse la representación gráfica alternativa a la catastral en los supuestos permitidos[35].

Cuando la representación alternativa pone de manifiesto que la discrepancia es debida a un desplazamiento generalizado de la cartografía catastral, como ha señalado la DGRN (Resoluciones de 24 de octubre y 7 de noviembre de 2016), hay que tener en cuenta que el tratamiento registral de los supuestos de desplazamientos de la cartografía catastral se contempla en el apartado 5

del punto séptimo de la Resolución Conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro de 26 de octubre de 2015 que dispone que «cuando se inscriba la representación gráfica alternativa derivada de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, este se remitirá al Catastro por el Registrador junto con los datos de la inscripción correspondientes, a fin de incorporar los metadatos de la modificación catastral que se efectúe».

Hay que destacar que, aunque el Registrador disponga de diversas cartografías a su disposición para el ejercicio de su función calificadora, ello no puede convertirle en «revisor» de la cartografía catastral. Así recuerda la Dirección General que conforme al artículo 10.1 de la Ley Hipotecaria la base de representación gráfica de las fincas registrales es la cartografía catastral y que no corresponde al registrador, en el ejercicio de su función calificadora, revisar de oficio dicha cartografía catastral. A lo que cabe añadir la presunción de exactitud catastral señalada al comienzo de este apartado.

En consecuencia, señala el Centro Directivo, «para la apreciación por el Registrador de tal desplazamiento de la cartografía (más aún si como indica el Registrador en su nota el desplazamiento es «patológico») se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa que se aporta al Registro para su inscripción».

5. Georreferenciación de obras nuevas

A) Exigencia legal

El nuevo artículo 202 de la LH perfecciona el cumplimiento del principio de especialidad o determinación[36] al disponer que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».

Por su parte, la Resolución de 26 de octubre de 2015 dictada conjuntamente por la Dirección General y por la Dirección General del Catastro en cumplimiento del mandato legal contenido en el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, establece imperativamente, en su apartado séptimo que «en el caso de inscripción de edificaciones o instalaciones, habrá de remitirse también» (por los Registradores al Catastro) «las coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por las mismas».

La Resolución de 19 de abril de 2016 introduce un criterio flexibilizador: «dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria), solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordena-

das de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral». Esta referencia a la obra finalizada no parece totalmente acertada por dos razones.

En primer lugar, porque si la obra nueva accede en construcción al Registro sin coordenadas, esta quedará ya inscrita y bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3 de la Ley Hipotecaria), de manera que, si cuando pretende hacerse constar la finalización de la obra aportando las correspondientes coordenadas, se revela una invasión de dominio público o de fincas colindantes, o alguna infracción de limitaciones o servidumbres de uso público, podrá denegarse la constancia de tal finalización, pero lo cierto es que la obra nueva con la irregularidad detectada ya constará en los libros del Registro, pudiendo dar lugar a una situación litigiosa, claudicante o ilegal, que es precisamente lo que se pretende evitar con el principio de calificación registral. Por tanto, este criterio hace que dicho principio opere en cuanto a las construcciones «demasiado tarde».

En segundo lugar, porque constando en el registro inscrita una obra nueva en construcción con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, parece demasiado oneroso para el particular que pretende hacer constar la finalización exigirle que aporte las coordenadas de la edificación, lo que generalmente requerirá de una intervención adicional del técnico, constituyendo un trámite adicional. Igualmente sería contrario a la propia doctrina de la DGRN que considera para las ampliaciones de obra que en el caso de que la superficie ocupada por la construcción ya conste en el Registro, está bajo la salvaguardia de los tribunales sin que sea preciso aportar las coordenadas de situación.

B) Finalidad práctica

Como ha señalado la Resolución de 30 de mayo de 2016 esta exigencia legal de georreferenciación de la porción de superficie ocupada por cualquier edificación o instalación permite:

1. Que la calificación registral compruebe si tal edificación o instalación se encuentra plenamente incluida, sin extralimitaciones, dentro de la finca registral del declarante de tal edificación.

2. Que se pueda calificar en qué medida tal superficie ocupada pudiera afectar o ser afectada por zonas de dominio público, o de servidumbres públicas, o cuál sea la precisa calificación y clasificación urbanística del suelo que ocupa, determinante, por ejemplo, de plazo de prescripción —o de la ausencia de tal plazo— de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística.

3. Que, cuando el Registrador efectúe las comunicaciones legalmente procedentes a las distintas administraciones, por ejemplo, al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o al Catastro, se incluya también esa información tan relevante para todas ellas como es la concreta georreferenciación de la superficie ocupada por la edificación o instalación. De este modo tales administraciones

podrán conocer con precisión la ubicación de las edificaciones sobre las que, supuestamente, pueden o deben iniciar actuaciones de disciplina urbanística[37].

C) Aplicación temporal

Conforme a la Resolución de 8 de febrero de 2016 (reiterada en las de 19 de abril de 2016, 9 de mayo de 2016, 5 de julio de 2016), para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Aplica, pues, la DGRN su doctrina tradicional en cuanto a los actos que tienen un carácter estrictamente registral y su sujeción a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar el título en el Registro, que hemos citado antes con ocasión de las modificaciones de entidades hipotecarias.

D) Previa georreferenciación de la total finca

La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 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, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique».

Siguiendo la doctrina de las Resoluciones de 28 de septiembre de 2016 o 6 de febrero de 2017, la razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro de la referida finca y no se extralimite de ella.

Para calificar tal extremo, no bastaría con efectuar una simple comparación aritmética para verificar que la medida de la superficie ocupada por la edificación no supere la medida de la superficie de la finca, sino que es precisa una comparación geométrica espacial acerca de dónde está efectivamente ubicada la porción ocupada por la edificación y que la ponga en relación con la delimitación geográfica de la finca.

Como se ha señalado, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

El cumplimiento de tal exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca.

Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara.

Por ello, como señalan las Resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo o 5 de julio de 2016, 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.

No basta comparar en términos aritméticos las superficies de las edificaciones declaradas con respecto a la de la finca sobre la que se declaran, sino que es preciso comparar las ubicaciones geográficas de aquella con la de esta. Y no constando inscrita esta última, no es posible efectuar tal comparación geométrica.

Aun sin ella, hipotéticamente podría darse el caso de que, por otros datos descriptivos no georreferenciados, el Registrador, ya bajo su responsabilidad,

alcanzara la certeza de que esa porción de suelo ocupado por las edificaciones se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir. Se pueden considerar circunstancias adicionales como pudieran ser, por ejemplo, la ubicación de la edificación respecto de los linderos de la finca o la existencia de modificaciones de descriptivas que se hubieran manifestado en el título. En todo caso la exigencia del Registrador deberá estar debidamente fundamentada.

E) Requisitos técnicos

Continúa la repetida Resolución de 8 de febrero aclarando la exigencia legal en cuanto a los requisitos técnicos que debe cumplir la georreferenciación de la porción de suelo ocupada.

Así, afirma que aun siendo clara e incondicionada la citada exigencia legal de georreferenciar la superficie ocupada por cualquier edificación cuya inscripción se pretenda, y la especial utilidad que tal exigencia tiene en los casos de edificaciones «antiguas» o aparentemente «prescritas», también es cierto que, de entre todos los supuestos legales en los que la nueva ley exige georreferenciación, (como por ejemplo ocurre también, conforme al artículo 9, con las divisiones, agrupaciones, reparcelaciones, etc.) este en concreto de las edificaciones es el que menor complejidad requiere para su cumplimiento y constancia registral, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista procedimental.

En efecto, 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, dichas coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación resultarán por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satisfecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

Las Resoluciones de 6 y 7 de febrero de 2017 añaden que, en este último caso el formato aportado deberá permitir la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la citada Resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015. Esta aclaración encuentra su fundamento en que al tiempo de dictarse la Resolución de 8 de febrero de 2016 todavía no se encontraba operativo este sistema de intercambio de información.

Asimismo las últimas Resoluciones citadas recuerdan que, en el caso de edificaciones cuya geometría conste previamente en la cartografía catastral, el Registrador podrá tomar las coordenadas directamente de la Sede Electrónica del Catastro utilizando el servicio habilitado para ello.

Finalmente, en todo caso la descripción literaria de la obra nueva en el título debe corresponderse con la representación gráfica que se aporte (Resolución de 5 de julio de 2016).

F) Procedimiento

Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, tampoco requiere con carácter general que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que el Registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, tal y como se ha expresado en el anterior apartado D.

Y por último, no ha de olvidarse que la obligada georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por cualquier edificación, aun cuando habrá de ser preceptivamente comunicada por los registradores al Catastro en cumplimiento de la citada Resolución conjunta, tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral, ya que el atributo de «finca coordinada» o «finca no coordinada» se califica y predica respecto del contorno perimetral de la finca, es decir, su ubicación y delimitación geográfica, con independencia de los elementos físicos que puedan materialmente estar ubicados en el interior de la finca así delimitada, y por supuesto, con independencia también de las titularidades jurídicas que recaigan sobre ella.

G) Supuesto especial de ampliaciones de obra nueva

Para los supuestos de ampliación de obra nueva, las Resoluciones de 23 de mayo de 2016 o 6 de febrero de 2017 consideran que en el caso de que la superficie ocupada por la construcción ya conste en el Registro, bajo la salvaguardia de los tribunales y no sea objeto de modificación o alteración en la escritura de ampliación de obra nueva por elevación de nuevas plantas, el rigor de la norma debe atenuarse, puesto que el encaje en el supuesto de hecho previsto en el artículo 202 no es pleno, al ya constar en los libros del Registro el dato de la parte del solar sobre el que se eleva la construcción, y ser este precisamente el que origina la necesaria ubicación por medio de sus coordenadas georreferenciadas. Por ello, y a pesar de no poder procederse a la inscripción

de la representación gráfica de la finca ni a la constancia de las coordenadas de la porción de suelo ocupada, por no cumplirse los requisitos previstos en los artículos 9, 10 y 199 de la Ley Hipotecaria, no existen obstáculos que impidan la inscripción de la ampliación de la obra nueva.

V. CONCLUSIONES

I. La perfecta individualización y descripción de los inmuebles es una cuestión de capital importancia en un sistema registral como el español que se lleva por fincas, siendo estas el objeto de derecho tutelado por la Institución Registral. La nueva Ley 13/2015 trata de lograr este objetivo mediante la definición de los inmuebles con su representación gráfica georreferenciada y la coordinación del Registro de la Propiedad con el Catastro.

II. La aportación de la representación gráfica georreferenciada de la finca en la mayoría de las ocasiones no supone ninguna nueva carga administrativa, dado que la cartografía que sirve de base para el Registro será la catastral y la regla general es que bastará con aportar la certificación catastral descriptiva y gráfica, cuya incorporación a las escrituras públicas ya resultaba del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por RD Legislativo 1/2004 de 5 de marzo. En los supuestos en que se ponga de manifiesto alguna discrepancia entre el Catastro y la realidad física, se admite representación gráfica alternativa a la catastral.

III. La utilización de representaciones gráficas georreferenciadas supone un triple avance: es un avance tecnológico, al utilizar medios electrónicos para la descripción de los inmuebles; es un avance en seguridad jurídica al conseguir un perfeccionamiento y mayor certeza en la descripción del objeto de derechos; y supone un reforzamiento de los pronunciamientos registrales al extender el principio de legitimación del artículo 38 LH a la descripción georreferenciada de la finca cuando está coordinada con la catastral.

IV. La DGRN ha realizado un importante esfuerzo interpretativo, de manera que se han dictado numerosas Resoluciones en recursos contra la calificación registral en las que se sigue una decidida línea que apuesta por la plena aplicación de la Ley desde el inicio de su entrada en vigor, utilizando los medios técnicos disponibles y flexibilizando en la medida de lo posible su entendimiento, para garantizar la fluidez del tráfico jurídico de inmuebles.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 6 de febrero de 1947
- STS de 20 de octubre de 1949
- STS de 13 de junio de 1952

- STS de 21 de marzo de 1953
- STS de 24 de enero de 1964
- STS de 22 de febrero de 1966
- STS de 18 de noviembre de 1966
- STS de 16 de abril de 1968
- STS de 31 de enero de 1970
- STS de 27 de enero de 1973
- STS de 30 de junio de 1973
- STS de 20 de mayo de 1974
- STS de 7 de abril de 1981
- STS de 22 de diciembre de 1986
- STS de 11 de julio de 1989
- STS de 3 de febrero de 1993
- RDGRN de 1 de octubre de 2015
- RDGRN de 21 de octubre de 2015
- RDGRN de 17 de noviembre de 2015
- RDGRN de 8 de febrero de 2016
- RDGRN de 12 de febrero de 2016
- RDGRN de 15 de marzo de 2016
- RDGRN de 6 de abril de 2016
- RDGRN de 12 de abril de 2016
- RDGRN de 18 de abril de 2016
- RDGRN de 19 de abril de 2016
- RDGRN de 21 de abril de 2016
- RDGRN de 22 de abril de 2016
- RDGRN de 4 de mayo de 2016
- RDGRN de 5 de mayo de 2016
- RDGRN de 6 de mayo de 2016
- RDGRN de 9 de mayo de 2016
- RDGRN de 12 de mayo de 2016
- RDGRN de 23 de mayo de 2016
- RDGRN de 30 de mayo de 2016
- RDGRN de 8 de junio de 2016
- RDGRN de 13 de junio de 2016
- RDGRN de 15 de junio de 2016
- RDGRN de 23 de junio de 2016
- RDGRN de 30 de junio de 2016
- RDGRN de 1 de julio de 2016
- RDGRN de 5 de julio de 2016
- RDGRN de 7 de julio de 2016
- RDGRN de 19 de julio de 2016
- RDGRN de 22 de julio de 2016

- RDGRN de 2 de agosto de 2016
- RDGRN de 23 de agosto de 2016
- RDGRN de 2 de septiembre de 2016
- RDGRN de 6 de septiembre de 2016
- RDGRN de 8 de septiembre de 2016
- RDGRN de 12 de septiembre de 2016
- RDGRN de 21 de septiembre de 2016
- RDGRN de 28 de septiembre de 2016
- RDGRN de 3 de octubre de 2016
- RDGRN de 6 de octubre de 2016
- RDGRN de 10 de octubre de 2016
- RDGRN de 24 de octubre de 2016
- RDGRN de 26 de octubre de 2016
- RDGRN de 3 de noviembre de 2016
- RDGRN de 7 de noviembre de 2016
- RDGRN de 14 de noviembre de 2016
- RDGRN de 22 de noviembre de 2016
- RDGRN de 28 de noviembre de 2016
- RDGRN de 13 de diciembre de 2016
- RDGRN de 20 de diciembre de 2016
- RDGRN de 4 de enero de 2017
- RDGRN de 9 de enero de 2017
- RDGRN de 10 de enero de 2017
- RDGRN de 16 de enero de 2017
- RDGRN de 26 de enero de 2017
- RDGRN de 6 de febrero de 2017
- RDGRN de 7 de febrero de 2017

BIBLIOGRAFÍA

ARNÁIZ EGUREN, R. (1998). El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 645, pp. 365 a 391.

BERNÉ VALERO, J.L. y FEMENIA RIBERA, C. (2003). Gestión de la Propiedad: Coordinación Registro de la Propiedad y Catastro. *Revista Estudios Geográficos*, LXIV, 253, pp. 579-604.

DELGADO RAMOS, J. (2016) La Ley 13/2015: Objetivos que proclama y reformas que introduce. Estudio especial de la coordinación y descoordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. El desarrollo y la aplicación práctica de la Ley. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 25 (3.ª época) pp. 38-57.

DÍAZ DÍAZ, E. (2015). La abogacía ante la geoinformación. Aplicación de la ley 13/2015. *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 11/2015, parte Estudio.

DÍAZ FRAILE, J.M. (2015). Exégesis de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria en materia de inscripción de representaciones gráficas. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 23 (3.ª época), 860-906.

DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, tomo III*. Pamplona: Aranzadi.

FANDOS PONS, P. (2010) El alcance de la implantación del sistema de bases gráficas registrales. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 167 (2.ª época), 825 a 835.

— (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción gráfica de fincas registrales: la base gráfica registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.

FEMENIA-RIBERA, C., MORA-NAVARRO, G. y BLANCO SÁNCHEZ, A. (2015). La información geográfica en la aplicación de la Ley 13/2015: representación gráfica georreferenciada. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 24 (3.ª época), 1079 a 1091.

GARCÍA GARCÍA, J. M. (2003). Teoría general de los bienes y de las cosas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, 919 a 1031.

GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2015). Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación a la coordinación del Registro de la Propiedad y del Catastro. *Revista CT: Catastro*, núm. 84 (agosto de 2015), 986. 13-26.

JUEZ PÉREZ, A. (2015). Principales novedades introducidas por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de las leyes hipotecaria y del Catastro inmobiliario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º. 14, 109-129.

LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA F.A. (1984). *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch.

LANZAS MARTÍN, E. (2015). La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, 3019 a 3043.

LÓPEZ FRÍAS, M. J. (2016). Las casas cueva: un análisis de las cuestiones jurídicas que plantean. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 756, 1993 a 2026.

MORALES MORENO, A. M. (2000). *Publicidad Registral y datos de hecho*. Madrid: Colegio de Registradores.

OLIVA IZQUIERDO, A. M. (2016). *La nueva coordinación Registro-Catastro*. Madrid: Colegio de Registradores.

PUYAL SANZ, P. (2016a). *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2016b). Los nuevos servicios de información catastral a los notarios para la ejecución de la Ley 13/2015. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, 46-51.

REQUEJO LIBERAL, J. (2007). *Descripción geográfica de fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base)*. Valladolid: Lex Nova.

VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2009). *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, tomo III*. Pamplona: Aranzadi, p. 245.

[2] REQUEJO LIBERAL, J. (2007). *Descripción geográfica de fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-Base).* Valladolid: Lex Nova, p. 31.

[3] LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA F.A. (1984). *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch, p. 11.

[4] ARNÁIZ EGUREN, R. (1998). El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 645, p. 366.

[5] ARNÁIZ EGUREN, R. (1998, 367).

[6] DÍEZ-PICAZO, L. (2008, 383).

[7] GARCÍA GARCÍA, J. M. (2003). Teoría general de los bienes y de las cosas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 676, p. 985.

[8] DÍEZ-PICAZO, L. (2008, 247).

[9] FANDOS PONS, P. (2010) El alcance de la implantación del sistema de bases gráficas registrales. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 167 (2.ª época), p. 826.

[10] OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016). *La nueva coordinación Registro-Catastro*. Madrid: Colegio de Registradores, p. 19.

[11] BERNÉ VALERO, J.L. y FEMENIA RIBERA, C. (2003). Gestión de la Propiedad: Coordinación Registro de la Propiedad y Catastro. *Revista Estudios Geográficos*, LXIV, 253, p. 582.

[12] OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016, 21).

[13] DÍAZ FRAILE, J.M. (2015, 881) afirma en cuanto a las notas marginales de archivo de base gráfica previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su anterior redacción que «si partimos de que el objeto de dicha nota marginal es hacer constar en el Registro el archivo del duplicado de la base gráfica aportada, pero que como condición previa de dicho archivo el registrador debe verificar que dicha base se corresponde con la finca registral en la que se extiende la nota («finca correspondiente», dice el precepto) y que, bajo tal condición, la base gráfica «completa» la descripción de la finca, hay base suficiente para entender que dicha nota marginal produce efectos sustantivos coadyuvantes a la extensión de las presunciones derivadas del principio de legitimación a los datos físicos de la finca en el sentido y medida en que en este ámbito ha sido admitido dicho principio por la jurisprudencia».

[14] DÍAZ DÍAZ, E. (2015). La abogacía ante la geoinformación. Aplicación de la ley 13/2015. *Revista Aranzadi Doctrinal,* núm. 11/2015 parte Estudio.

[15] OLIVA IZQUIERDO, A.M. (2016, 23).

[16] REQUEJO LIBERAL, J. (2007, 73).

[17] PUYAL SANZ, P. (2016). *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 35.

[18] DÍAZ FRAILE, J.M. (2015). Exégesis de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria en materia de inscripción de representaciones gráficas. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 23 (3.ª época), p. 864.

[19] GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2015, 15).

[20] *Vid*. Resoluciones de 18 y 21 de abril de 2016, 5 y 12 de mayo de 2016, 23 de junio de 2016, 1 de julio de 2016.

[21] Como afirma LÓPEZ FRÍAS, M.J. (2016, 2008), la idea de finca previa cerrada por línea poligonal definida en el plano de la superficie terrestre, ha de ser repensada por el legislador hipotecario; aunque técnicamente parece posible, jurídicamente nos encontramos con la falta de anclaje de la desconexión de los distintos niveles afectados por la propiedad. Se necesitaría de un estatus o régimen jurídico que regule sus relaciones por mínimas que estas sean y se tendría que valorar la idea de construir una cobertura registral clara y precisa para dar respuesta a estas situaciones preexistentes de casas cueva ya que el problema de la inscripción de las casas cueva se hace en la actualidad, prácticamente irresoluble.

[22] FEMENIA-RIBERA, C., MORA-NAVARRO, G. y BLANCO SÁNCHEZ, A. (2015). La información geográfica en la aplicación de la Ley 13/2015: representación gráfica georreferenciada. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 24 (3.ª época), p. 1080.

[23] Para DELGADO RAMOS, J. (2016, 41) no tiene ninguna justificación jurídica que el asiento registral de inscripción de la delimitación geográfica de la finca, que solo cabe practicar con el cumplimiento previo de todos los requisitos legales y técnicos, no produzca, siempre, de modo inmediato e incondicionado, los efectos propios de todos los asientos registrales, y entre ellos, el de presumirse su exactitud y validez.

[24] SSTS de 20 de octubre de 1949, 21 de marzo de 1953, 22 de febrero de 1966, 18 de noviembre de 1966, 31 de enero de 1970, 27 de enero de 1973, 30 de junio de 1973, 20 de mayo de 1974, 7 de abril de 1981, 22 de diciembre de 1986. En la posición contraria, encontramos las SSTS de 6 de febrero de 1947, 13 de junio de 1952, 24 de enero de 1964, 16 de abril de 1968, 11 de julio de 1989, 3 de febrero de 1993.

[25] MORALES MORENO, A. M. (2000). *Publicidad Registral y datos de hecho*. Madrid: Colegio de Registradores, p. 125.

[26] PUYAL SANZ, P. (2016, 77).

[27] En concreto, afirma esta Resolución que «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). Para ello sería necesario que se hubiese solicitado la inscripción de tal representación gráfica y que se tramite el procedimiento correspondiente (arts. 9.b. y 199 de la Ley Hipotecaria)».

[28] VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2009). *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 43.

[29] Ídem, p. 83. En igual sentido, GARCÍA GARCÍA J.M. (2003, 986).

[30] En dichos preceptos se prevén notas marginales que tienen la finalidad dar a conocer a quien consulte el contenido del Registro de la Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiera el título que las origine. Así, se recogen varias modalidades, como la nota marginal de condiciones especiales impuestas sobre las fincas en licencias u otras Resoluciones administrativas o la nota marginal acreditativa de la concesión de licencias para obras y usos provisionales.

[31] El artículo 33.2 establece la obligación del propietario de las fincas en las que se haya realizado alguna de las actividades potencialmente contaminantes de declararlo así en escritura pública con motivo de su transmisión, siendo este hecho objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad. Y el artículo 34.3 prevé la constancia por nota marginal de la declaración de un suelo como contaminado.

[32] JUEZ PÉREZ, A. (2015). Principales novedades introducidas por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de las leyes hipotecaria y del Catastro inmobiliario. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, p. 123.

[33] PUYAL SANZ, P. (2016). Los nuevos servicios de información catastral a los notarios para la ejecución de la Ley 13/2015. *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, núm. 68, p. 50.

[34] DIAZ FRAILE, J.M. (2015, 866).

[35] JUEZ PÉREZ, A. (2015, 116).

[36] LANZAS MARTÍN, E. (2015). La declaración de obra nueva tras la Ley 13/2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, p. 3039.

[37] DELGADO RAMOS, J. (2016) La Ley 13/2015: Objetivos que proclama y reformas que introduce. Estudio especial de la coordinación y descoordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. El desarrollo y la aplicación práctica de la Ley. *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 25 (3.ª época) p. 41.

(Trabajo recibido el 13-2-2017 y aceptado para su publicación el 27-2-2017)

DERECHO COMPARADO

Una reciente propuesta de reforma del sistema matrimonial inglés: el informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015

The currently ongoing project of reform on the law of marriage in England and Wales: the Law Commission's scoping paper of 17 December 2015

por

JOSÉ RAMÓN POLO SABAU
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Málaga

RESUMEN: El complejo y desigual sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales, caracterizado entre otros aspectos por la imposición de diferentes requisitos a unas u otras formas religiosas de celebración conyugal, está siendo actualmente objeto de un proceso de revisión, a instancias del Gobierno, por parte de la *Law Commission*, que recientemente ha emitido un interesante informe preliminar sobre esta materia. Para afrontar adecuadamente el estudio de dicho Informe, en este trabajo se realiza una breve exposición de la labor que desempeña este órgano consultivo en los procesos de reforma legal en ese país, así como una sintética exposición de los principales rasgos que caracterizan al

Derecho inglés en lo que se refiere a la eficacia civil de los ritos religiosos conyugales, para después analizar contextualizadamente el contenido de ese documento preliminar en la perspectiva de los relevantes cambios legislativos que habrán de tener lugar de llegar a buen puerto sus propuestas al término del actual proceso de revisión. Se sugiere finalmente que las mismas razones que en el pasado condujeron a la frustración de algunos similares intentos de reforma podrían suponer hoy también un serio obstáculo para el éxito de la nueva propuesta de reforma.

ABSTRACT: The very complex and uneven English Law on marriage that clearly favours certain types of religious ceremonies, and sets a number of different requirements for solemnization of marriages that undoubtedly privileges some religious groups over the others, is currently under review by the Law Commission following an appeal from the English Government to do so. The Commission has recently produced an interesting and highly revealing scoping paper on this subject, which is the main focus of this study; in order to properly contextualize its meaning and possible future consequences whenever the ongoing reform process reaches its final stage, this paper gives preliminary consideration to the role of the Law Commission in the English Legal System and also summarises the main features of the current Law on the formalities of marriage in England and Wales, and then focuses on the study of the content of the above mentioned scoping paper, finally suggesting that the same reasons that opposed to the success of similar reform projects in the past might also be an obstacle to this new reform proposal.

PALABRAS CLAVE: Sistema matrimonial. Matrimonio religioso. Derecho inglés. Relaciones Iglesia-Estado. Libertad religiosa.

KEY WORDS: Marriage Law. Religious marriage. English Law. Church and State. Religious freedom.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA LABOR DE LA *LAW COMMISSION* EN EL MANTENIMIENTO DE UN SISTEMA JURÍDICO ACTUALIZADO, JUSTO Y EFICAZ.—III. CARACTERES ESENCIALES DEL SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE EN INGLATERRA Y GALES.—IV. LAS RAZONES SUBYACENTES A LA FRUSTRACIÓN DE LOS ANTERIORES FALLIDOS INTENTOS DE REFORMA DEL SISTEMA MATRIMONIAL INGLÉS.—V. EL PROYECTO DE REVISIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL INGLÉS ACTUALMENTE EN CURSO: EL INFORME DE LA *LAW COMMISSION* DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015.—VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Como parte del proceso de revisión emprendido a instancias del Gobierno, la Comisión para asuntos legales de Inglaterra y Gales (en adelante la *Law Commission* o la Comisión) publicó recientemente un informe preliminar sobre la reforma del sistema matrimonial vigente en ambos países cuya importancia, en mi opinión, difícilmente puede ser sobrestimada: se trata del Informe que lleva por título *Getting Married. A Scoping Paper*, de 17 de diciembre de 2015[1] (en adelante, el Informe), y en él se abordan abiertamente algunas cuestiones que con anterioridad no habían sido objeto de análisis por la Comisión o que lo habían sido de un modo mucho menos explícito o apremiante de lo que lo son ahora en este nuevo informe preliminar, cuestiones tales como la necesidad de suprimir las desigualdades tradicionalmente existentes en este sistema matrimonial entre los ritos conyugales de unas u otras confesiones religiosas, que ya había sido apuntada en documentos precedentes, o, también, la más novedosa sugerencia acerca de la conveniencia de abrir la vía al reconocimiento de la eficacia civil de otras formas de celebración conyugal, en este caso propias de los grupos ideológicos o filosóficos a semejanza de lo que acontece en otros ordenamientos próximos como el escocés o el de la República de Irlanda, un aspecto este último que, como se verá con mayor detalle, se encuentra precisamente en el origen del proceso de revisión en el que se enmarca el documento que ahora nos ocupa[2].

El Informe es solo un primer paso en el curso de un proceso de revisión y consultas que habrá de culminar, teóricamente, con la emisión de un dictamen definitivo con las recomendaciones concretas de la Comisión en orden a la reforma del Derecho matrimonial, y la experiencia indica que ese tipo de recomendaciones a menudo han quedado, como suele decirse, en papel mojado y no han tenido a la postre el pretendido reflejo en la labor del legislador. Esa frecuente falta de respuesta legislativa ante las pretensiones de la Comisión, que como se ha hecho notar ha ido gradualmente en aumento aproximadamente desde que transcurriera la primera década de existencia de este organismo en la que por el contrario sus recomendaciones fueron casi invariablemente atendidas por el Parlamento[3], ha afectado en general a la labor de la Comisión en sus distintos proyectos de revisión y es atribuible globalmente a un conjunto de diversas razones, pero, en el caso específico del sector del ordenamiento que ahora nos ocupa, entre ellas destacan las presiones políticas de distinto signo tradicionalmente ejercidas sobre el Parlamento ante estas propuestas de cambio en el sistema matrimonial, en salvaguarda de ciertos intereses particulares y, muy especialmente, de los de las confesiones que ya gozaban de un estatuto legal propio en esta materia al que presumiblemente se habrían visto obligadas a renunciar de llegar a producirse las reformas sugeridas por la Comisión.

Con todo, el Informe de 17 de diciembre de 2015 tiene una gran importancia y su estudio presenta un indudable interés tanto por sí mismo, por su claridad y por el modo en el que frontalmente se abordan algunas de las cuestiones referidas, como también en su adecuada contextualización en el marco de los, por lo general, reiteradamente fallidos intentos de reforma del sistema matrimonial que han tenido lugar en el ordenamiento inglés en las últimas décadas, orientados similarmente a la consecución de un modelo más simple, eficaz y menos discriminatorio.

A este respecto, como se ha puesto de relieve, con independencia de que a menudo y por distintas causas los trabajos de la Comisión no hayan tenido el reflejo deseado en la praxis legislativa inglesa, lo cierto es que una de las más importantes contribuciones de este órgano consultivo ha sido cifrada, precisamente, en el hecho mismo de haber sometido a examen determinadas áreas del Derecho, poniéndolas en discusión y llamando así la atención sobre aquellos aspectos más cuestionables y necesitados de alguna revisión y reforma[4], e indudablemente ello confiere un interés y un valor propios al estudio de cualquiera de los textos emanados de la Comisión al margen de su ulterior plasmación o no en la obra del legislador.

Por lo demás, aun cuando ello pueda ser en alguna medida previsible dados los antecedentes, no debemos presuponer que necesariamente el proceso de revisión del sistema matrimonial actualmente en marcha no vaya a tener finalmente algún reflejo normativo, y, de ser este el caso, el Informe en cuestión —en tanto que integrante del proyecto de reforma que habrá de concluir con otro documento definitivo conteniendo ya una serie de específicas recomendaciones a partir de los principios sentados en el Informe preliminar— habrá adquirido entonces un relieve adicional, habida cuenta de que, como se ha destacado, el enfoque restrictivo que tradicionalmente fue adoptado por los tribunales ingleses en relación con los elementos válidos de interpretación de las leyes se ha visto gradualmente relajado hasta el punto de que, en la jurisprudencia actual, no es infrecuente el recurso explícito a los informes de la *Law Commission* como uno de los aspectos a tener en cuenta a la hora de determinar judicialmente la finalidad de una concreta disposición legal[5], esto es, como uno de esos elementos que como se ha destacado integran lo que se conoce como las ayudas externas en la interpretación de una ley (externas al texto de la ley, se entiende)[6].

Sea como fuere, el estudio del precitado Informe, que me dispongo a realizar en las páginas que siguen centrándome en sus aspectos más relevantes, requiere previamente de una breve explicación del papel que desempeña la *Law Commission* en el ordenamiento vigente en Inglaterra (entiéndase en adelante la referencia como alusiva también al ordenamiento galés) y del modo en el que ha de transcurrir el proceso de revisión y consultas en el que se enmarca el Informe que será aquí objeto de estudio, para así dar una idea general de las

consecuencias legislativas que razonablemente cabría esperar de este último a la conclusión de dicho proceso.

II. LA LABOR DE LA *LAW COMMISSION* EN EL MANTENIMIENTO DE UN SISTEMA JURÍDICO ACTUALIZADO, JUSTO Y EFICAZ

La Comisión para asuntos legales fue creada como un organismo independiente por la *Law Commissions Act 1965*[7], con la misión de velar por la continua modernización y simplificación del ordenamiento jurídico y de promover su reforma en aquellos aspectos que, tras el correspondiente proceso de revisión, se estimen necesitados de los pertinentes cambios que hagan posible la consecución de ese objetivo[8], teniendo además presente que esta Comisión, como se ha destacado, a diferencia de otras instancias oficiales también involucradas en el desempeño de aquella misión, se caracteriza por emprender procesos de reforma de un más amplio espectro, concernientes a la revisión de enteros subsistemas del ordenamiento y no meramente al examen de aspectos concretos en los que pudieran detectarse disfunciones o anomalías normativas necesitadas de alguna modificación[9].

Con aquella finalidad general, la ley atribuye a este órgano consultivo una serie de específicas funciones entre las que se encuentra el examen y la revisión de concretas áreas del Derecho, ya sea a instancias de la propia Comisión, que periódicamente ha de presentar al *Lord Chancellor* algún programa específico de revisión de un determinado sector del ordenamiento —previo un amplio proceso de consultas entre los distintos miembros de la comunidad jurídica, de los departamentos gubernamentales, de diversas organizaciones sociales, etc., acerca de la oportunidad y conveniencia de emprender unos u otros proyectos de reforma—, o bien a solicitud del Gobierno, en ambos casos con el horizonte de la emisión de las recomendaciones y propuestas de reforma legal que se consideren necesarias[10].

Habiendo sido aprobada una de estas iniciativas de revisión por parte de la Comisión y una vez superado el trámite inicial (*Initiation*) en el que, junto al departamento gubernamental más directamente concernido, se fijan los términos en los que ha de producirse dicha revisión y el ámbito al que esta ha de circunscribirse, el procedimiento ante la Comisión ha de atravesar por diversas fases ulteriores: en primer lugar, una denominada fase de pre-consultas (*Pre-consultation*) en la que se da comienzo al estudio del sector específico del Derecho de que se trate con el objetivo primordial de identificar sus principales carencias o deficiencias, incluyendo por lo general los correspondientes estudios de Derecho comparado y las consultas preliminares evacuadas a ciertas organizaciones sociales o profesionales con algún tipo de interés en el asunto examinado así como a distintos expertos en la materia, dando todo ello lugar normalmente

a la producción de informes o documentos igualmente preliminares en los que quedan fijadas las coordenadas por las que habrá de discurrir el desarrollo del proceso de reforma legal; a continuación, se ha de verificar el trámite de consultas (*Consultation*) en el que, recogiendo las conclusiones derivadas de la fase previa, se redactará un documento en el que más detalladamente habrán de consignarse las deficiencias detectadas en la ley así como las posibles vías de solución de las mismas que hayan sido sugeridas por unos u otros intervinientes en la fase de pre-consultas, dándose una amplia difusión social a dicho documento e instándose a todos aquellos interesados en el asunto a tomar parte en este proceso y hacer llegar a la Comisión sus sugerencias y aportaciones sobre el particular; a esta fase de consultas le sucede un periodo de toma en consideración, por parte de la Comisión, de todas las aportaciones recibidas (*Policy development*), que le habrá de servir a este organismo para desarrollar y mejorar su esquema de revisión legal, acaso rectificando o matizando algunos de sus planteamientos iniciales en función de las sugerencias recibidas, y que igualmente podrá dar pie a la redacción de nuevos documentos sobre la cuestión o a la evacuación de nuevas consultas sobre aspectos puntuales de la futura reforma legislativa que aún lo precisen; por último, todo este proceso concluye con la elevación al Lord Canciller y al Secretario de Estado correspondiente de un Informe final (*Reporting*) con las recomendaciones concretas realizadas por la Comisión a partir de las deficiencias detectadas en la legislación examinada y, si ello se estimase oportuno, con la inclusión también de un borrador de texto legal (*draft bill*) con el que este órgano consultivo entendería adecuadamente satisfechos los cambios normativos recomendados.

Así las cosas, habida cuenta de la relevante función que en orden al perfeccionamiento del sistema jurídico en Inglaterra y Gales le atribuye la ley a la Comisión así como la alta cualificación de quienes la integran, y teniendo presente además la extensa participación en los procesos de revisión legislativa tanto por parte de diversas instancias sociales como también de los propios poderes públicos, y especialmente de los departamentos gubernamentales más directamente involucrados en la aplicación de las normas que se someten a examen, cabe generalmente esperar que las propuestas y recomendaciones realizadas tengan finalmente al menos un cierto eco en la labor del legislador inglés sin perjuicio de que esto, como se dijo, en la práctica no siempre haya sido así, lo que se constata particularmente en la materia que ahora nos ocupa, donde a menudo las recomendaciones de la Comisión se han visto a la postre frustradas y no se han materializado en los pertinentes cambios legales sugeridos por este órgano consultivo.

Las razones concretas que reiteradamente han conducido a la frustración de algunas de esas expectativas y que, por tanto, bien podrían producir el mismo efecto impeditivo ante el proceso de revisión del Derecho matrimonial actualmente en curso, serán sucintamente relatadas más adelante, pero para su

mejor comprensión así como para la adecuada contextualización del contenido del Informe de 17 de diciembre de 2015 que constituye el centro de atención de este trabajo, conviene en primer lugar describir al menos en sus rasgos esenciales el modo en el que se articula el vigente sistema matrimonial inglés, y a ello me dispongo en las páginas que siguen.

III. CARACTERES ESENCIALES DEL SISTEMA MATRIMONIAL VIGENTE EN INGLATERRA Y GALES[11]

Partiendo de la idea, generalmente admitida en lo esencial entre la doctrina científica, en cuya virtud por sistema matrimonial hemos de entender aquel sector de normas de un concreto ordenamiento jurídico que tiene por objeto la regulación de la coexistencia en ese ordenamiento de los distintos tipos de matrimonio o, según los casos, de sus diversas formas de celebración, tradicionalmente la forma civil en sus diferentes modalidades, de un lado, y las formas religiosas, de otro, podemos afirmar que el modelo vigente en Inglaterra responde en lo fundamental a la categoría de los sistemas también tradicionalmente etiquetados en sede doctrinal como de tipo anglosajón o protestante, esto es, a los sistemas en los cuales se reconoce un único tipo o clase de matrimonio, el civil, sin perjuicio de que este pueda ser a su vez celebrado ya sea en forma estrictamente civil o en alguna de las formas religiosas oficialmente reconocidas, siendo estas últimas concebidas a su vez como si en cierto sentido se tratase también de formas civiles o, para ser más precisos, de modalidades de la forma civil.

Así en efecto, como se ha puesto de relieve, se trata en todo caso de un matrimonio en forma civil pero que puede celebrarse válidamente ya sea ante el funcionario del Registro o bien en presencia de un miembro de una confesión religiosa de acuerdo a las condiciones específicas establecidas por la ley[12], y ello, además, se encuentra en estrecha relación con una idea muy extendida entre la doctrina jurídica inglesa en cuya virtud, como se ha puesto de relieve, habiendo sido reconocida la validez de una determinada forma religiosa de celebración conyugal con arreglo al procedimiento legalmente establecido, cabe entonces considerar que los requisitos básicos de la forma que podemos denominar estrictamente civil en cierto sentido se añaden o se incorporan a los ritos maritales propiamente religiosos, produciéndose así una suerte de proceso de unificación de ambos aspectos[13].

Es este un criterio claramente predicable de los miembros de cualquier confesión religiosa con capacidad reconocida para asistir a la valida celebración del matrimonio pero, lógicamente, lo es todavía más, si cabe, en el caso del matrimonio de la Iglesia de Inglaterra que como se verá goza de una posición especial y privilegiada en el sistema matrimonial inglés —en correspondencia

con el singular estatus de que disfruta esa confesión en tanto que la oficial del Estado—. Ello explica que, en sede jurisprudencial y precisamente a causa de esa confesionalidad estatal, se haya llegado a afirmar que cuando el ministro anglicano interviene en la ceremonia nupcial lo hace desarrollando una función administrativa (*governmental function*) en un sentido amplio (Cfr. *Wallbank* [2003] 3 All ER 1213), como también ello se compadece con la afirmación doctrinal de que, asimismo en esta materia matrimonial, la confesión oficial se sitúa en el lugar del Estado y por tanto el ministro anglicano ha de ser tenido aquí por una autoridad pública en sentido impropio *(«hybrid» public authority*) desarrollando una función pública[14]; todo esto en un contexto más amplio en el que, como también se ha hecho notar, su condición de confesión oficial y la consiguiente estrecha vinculación con el Estado han llevado también a los tribunales ingleses a considerar, ocasionalmente, que las funciones desempeñadas por un ministro anglicano estaban más cercanas a la naturaleza propia de una actuación de servicio público que a la de una práctica profesional privada, como así ocurrió en *Re Thomas Tyler* (1995)[15].

Por otra parte, con carácter incidental puede advertirse que algo muy similar acontece por lo general en los sistemas del *common law* como es el caso, por ejemplo, del Derecho escocés, en el que paralelamente se reconoce un único tipo o clase de matrimonio, el matrimonio civil conocido como *regular marriage* que puede ser válidamente contraído ya sea en forma estrictamente civil o bien en forma religiosa, pero en el que invariablemente se presupone también que, en aquellos supuestos en los que la normativa estatal contempla la celebración del connubio en presencia de un ministro de culto, este último interviene siempre en la ceremonia *en representación del Estado*[16].

Es cierto en cualquier caso que, al igual que sucede en otros ordenamientos de base y configuración similares, el modelo inglés presenta por razones históricas ciertas características peculiares que lo singularizan y le confieren una connotación propia[17] y, a ese respecto, se advierte que la peculiaridad más relevante proviene del reconocimiento tanto al matrimonio de la Iglesia de Inglaterra como también, aunque en mucha menor medida, al cuáquero (el propio de la llamada *Society of Friends*) y al judío de una posición especial y de un estatuto privilegiado que los diferencia del resto de las formas religiosas de celebración conyugal[18], y, en este sentido, la notable complejidad del sistema matrimonial inglés se ha atribuido, precisamente, a esa peculiar evolución histórica en la que, partiendo del reconocimiento de la exclusiva competencia de la Iglesia de Inglaterra sobre el matrimonio hasta mediados del siglo XVIII, paulatinamente se fueron introduciendo los cambios legales que permitieron, bajo distintas condiciones, el acceso a la eficacia civil de otras modalidades maritales[19]. Bajo un prisma similar, se ha hecho notar también que la supuesta modernidad de la *Marriage Act 1949* en cierto modo es más aparente que real, ya que esta ley no hizo otra cosa que aglutinar toda una amalgama de normas previamente

en vigor, llegándose a afirmar incluso, de manera quizás algo exagerada pero ciertamente muy expresiva, que en esta materia el resultado que produjo aquella ley fue literalmente el de un asombroso revoltijo de procedimientos civiles y religiosos que en su conjunto resulta muy difícil de comprender[20].

En todo caso, el matrimonio anglicano retiene actualmente como se dijo una posición predominante que, en buena lógica, ha de ser concebida como una más de las consecuencias de la tradicional confesionalidad del Estado, como se sabe aún hoy vigente esta formalmente en Inglaterra como también lo está en otros países europeos. Bien es cierto que algunos autores entienden que la todavía reinante confesionalidad inglesa tiene una cada vez menor repercusión en los distintos sectores del Derecho en los que otrora se percibía más intensamente su presencia[21], pero esto es algo en mi opinión francamente discutible y de hecho discutido en el seno de la doctrina jurídica de ese país.

En este sentido, como se ha puesto de relieve, particularmente desde que en 1998 tuviese lugar la incorporación del Convenio Europeo de Derechos Humanos al ordenamiento inglés, con todo lo que ello supuso respecto de la garantía de la libertad y la no discriminación en materia religiosa, se viene experimentando en ese país una creciente contestación a la posición y al estatuto jurídicamente privilegiados de que goza en muchas facetas la Iglesia de Inglaterra, hasta el punto de que incluso un informe del *Home Office* emitido en 2001 ha llegado a sugerir significativamente que, en efecto, la confesionalidad estatal está produciendo un perjuicio evidente (*religious disadvantage*) a las demás confesiones religiosas[22]. En la misma línea se ha evidenciado que, aunque en determinadas facetas los efectos de la confesionalidad anglicana son de naturaleza más bien simbólica o conciernen a aspectos que, realmente, carecen de una relevancia significativa en la vida cotidiana de los ciudadanos, en otras cuestiones concretas de carácter sustantivo todavía se deja sentir la presencia de un régimen jurídico privilegiado para la Iglesia de Inglaterra cuya importancia no debería ser subestimada, aun sin llegar el Derecho inglés a extremos tales como los que se detectan en los sistemas de relación Iglesia-Estado escandinavos o en los regímenes concordatarios de los que disfruta la Iglesia católica en ciertos otros países[23].

Teniendo en cuenta todas estas premisas ha de señalarse que, en la actualidad, la norma vertebradora del sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales es la precitada *Marriage Act 1949*[24], cuya Parte II se destina en su integridad a regular muy pormenorizadamente el estatuto especial aplicable al reconocimiento del matrimonio anglicano —destacando aquí, entre otros aspectos, la exención del cumplimiento de las exigencias impuestas con carácter general respecto a los requisitos propios de la llamada fase preliminar del matrimonio—, al tiempo que en otros preceptos de esa ley se dota también a los otros dos matrimonios religiosos antes mencionados de un régimen jurídico propio y diferenciado e indudablemente, al igual que acontece con el matrimonio anglicano,

más beneficioso en algunos aspectos que el generalmente instaurado para las restantes modalidades religiosas de celebración, una posibilidad esta de que otras confesiones aparte de las tres específicamente aludidas tengan también acceso a la eficacia civil de sus ritos maritales que en su origen histórico, como se ha destacado, respondió a la clara intención del legislador inglés de minimizar la discriminación hasta entonces existente en ese país en favor de los grupos religiosos distintos de la religión oficial[25].

Para estos otros ritos religiosos que aspiren a ver reconocida su eficacia civil, el ordenamiento inglés ha instaurado un relativamente sencillo procedimiento general que se encuentra únicamente condicionado al cumplimiento de un conjunto de requisitos legales cuyo propósito, en consonancia con el papel esencial y verdaderamente constitutivo que se atribuye al *consensus* en este terreno, no es otro que la garantía de la certeza y la consiguiente seguridad jurídica en el acto de la mutua manifestación del consentimiento de los contrayentes.

Ese procedimiento, en lo fundamental y además de la exigencia preliminar de la previa obtención de un certificado matrimonial que ha de ser expedido por el encargado del Registro Civil, requiere de la previa concesión oficial a un determinado edificio o dependencia que ya venía regularmente sirviendo de lugar al culto religioso —debiendo a su vez ello haber sido objeto de acreditación oficial[26]— de la condición específica de lugar apto para la celebración de matrimonios. Por este cauce, cualquier confesión puede en principio tener acceso a los efectos civiles de sus privativos ritos maritales, teniendo en cuenta que la legislación inglesa estipula que cualquier propietario o administrador de un edificio que haya sido oficialmente certificado como un lugar de culto religioso podrá ulteriormente solicitar de la Administración la acreditación registral de ese mismo edificio también como un lugar oficialmente habilitado para la celebración de matrimonios[27]; conviene subrayar que el procedimiento se encuentra disponible para toda aquella confesión religiosa que esté en condiciones de satisfacer esos requisitos, con total independencia de su mayor o menor arraigo o presencia social en el país, lo que es lógico teniendo en cuenta que esta última circunstancia, en rigor, nada tiene que ver con la salvaguarda de la necesaria seguridad jurídica en el acto de la prestación del consentimiento marital[28].

Una vez verificada esta precondición ligada al registro del lugar de culto de que se trate como un lugar autorizado oficialmente para la celebración de matrimonios (*marriage in registered buildings*), los contrayentes podrán celebrar allí válidamente su enlace en presencia de una persona, normalmente un ministro de culto, designada por la confesión religiosa en cuestión y con arreglo a la forma y ceremonia que estos decidan libremente observar[29], siempre cumpliendo, eso sí, unos mínimos requisitos legales justamente ordenados a garantizar la certeza en la efectiva manifestación de la recíproca voluntad conyugal: en esencia, estos requisitos son, por un lado, la inexcusable observancia de unas elementales exigencias de publicidad del acto —además de la presencia de

testigos también la obligación de llevarlo a cabo públicamente o, como dice literalmente la normativa aplicable, «de puertas abiertas»—, y, por otro, el igualmente imprescindible cumplimiento, durante el transcurso de la ceremonia nupcial, de una concreta y sencilla fórmula declarativa que es detallada por la ley con el propósito de que no haya lugar a la duda acerca de que, en efecto, se ha producido en dicha ceremonia la manifestación consciente y deliberada de la mutua voluntad marital de los contrayentes[30].

Esta es, muy resumidamente expuesta, la articulación básica del sistema matrimonial inglés por lo que hace a la eficacia civil de las formas religiosas de celebración conyugal y, como se aprecia sin dificultad, en este tema el rasgo de identidad mas característico lo constituye la palmaria situación de desigualdad en la que se encuentran unos y otros ritos religiosos maritales, derivada del tratamiento tan ostensiblemente privilegiado que recibe en particular el matrimonio propio de la confesión oficial del Estado y también, aunque en un grado inferior, el cuáquero y el judío.

Estas desigualdades han dado origen ocasionalmente en sede científica a la denuncia de la presunta vulneración aquí del principio de no discriminación por razón de religión o creencia y, asimismo, tal y como quedará reflejado con algún mayor detalle en el siguiente epígrafe, ese diferente y más beneficioso tratamiento jurídico concedido por el ordenamiento inglés a determinados ritos religiosos conyugales ha sido también negativamente valorado en algunos informes precedentes de la *Law Commission.*

Así por ejemplo, desde el ámbito científico se ha proclamado que los privilegios que otorga el Derecho inglés al matrimonio anglicano solo pueden entenderse justificados por razones meramente históricas ligadas a la tradicional confesionalidad estatal, señalándose al mismo tiempo que, bajo el prisma del valor de la igualdad y del principio de no discriminación por razón de religión, semejantes privilegios resultan sencillamente indefendibles[31]; análogamente, se ha postulado asimismo que la pervivencia en el ordenamiento de ese país de un régimen de reconocimiento especial y privilegiado que favorece en esta materia tanto a la Iglesia de Inglaterra como a esas otras dos religiones también históricamente dotadas de un cierto régimen particular y, consecuentemente, que privilegia a quienes profesan cualquiera de ellas, es algo de muy dudosa compatibilidad con la vigencia de la cláusula antidiscriminatoria consagrada en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en su conjunción, en este caso, con el ámbito de tutela delimitado por el artículo 12 de ese texto internacional en el que se declara el derecho a contraer matrimonio[32].

Adviértase además, respecto de esto último, que el Convenio Europeo se encuentra ya incorporado al ordenamiento inglés desde que fuese aprobada la *Human Rights Act 1998*[33] y, en este sentido, a propósito de la aplicación de una norma, promulgada en el marco de la legislación sobre asilo e inmigración, que exoneraba implícitamente a quienes pretendiesen contraer un matrimonio

anglicano del cumplimiento de ciertos requisitos demandados a los restantes matrimonios, un juez de la *High Court* sostuvo que ello era contrario a la prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 del CEDH[34], en una decisión judicial que, como se ha destacado, sugiere que el tratamiento privilegiado que más ampliamente recibe la Iglesia de Inglaterra en el ordenamiento inglés podría llegar a ser considerado incompatible con las disposiciones antidiscriminatorias del Convenio[35].

Incidentalmente cabe señalar que similares objeciones han sido formuladas también en otros ordenamientos cercanos como es el caso del Derecho escocés, en el que todavía hoy subsisten algunas notables desigualdades en el tratamiento de unas u otras formas religiosas de celebración conyugal, y, asimismo, como es también el caso del sistema matrimonial vigente en la República de Irlanda, allí donde actualmente estas desigualdades han desaparecido al haberse establecido un régimen común aplicable por igual a todos los ritos religiosos maritales pero donde, en el pasado, fue también ocasionalmente denunciado un régimen jurídico que similarmente privilegiaba unas formas religiosas en detrimento de otras.

Por solo citar algunos ejemplos de lo que acaba de apuntarse, en relación con el primero de los ordenamientos aludidos, cabe señalar que una de las mas reputadas expertas en la materia ha mostrado su preocupación por lo que considera un conjunto de discriminaciones injustificadas en relación con el reconocimiento de los efectos civiles de las diversas formas religiosas conyugales, sugiriendo, como un modo de superar esa indeseada situación, la conveniencia de implantar en Escocia un sistema homogéneo de reconocimiento con una única forma válida de celebración conyugal que habría de ser, nos dice, la forma estrictamente civil, sin perjuicio de que esta pudiese a su vez venir acompañada de cualesquiera otros ritos religiosos carentes ya como tales de toda trascendencia civil, similarmente a lo que acontece en otros sistemas europeos y destacadamente en el francés[36]; el mecanismo por el que aboga esta autora como hipotética vía de superación de las desigualdades existentes en el modelo escocés no es algo realmente novedoso en el ámbito doctrinal y se inscribe en el marco de aquellas posiciones que propugnan la idoneidad a esos efectos de los denominados sistemas de matrimonio civil obligatorio en su versión más estricta, pero, ello aparte, lo que pretendo ahora destacar no es tanto el tratamiento que aquí se propone como el diagnóstico que se realiza, esto es, la declarada percepción de que el sistema matrimonial vigente en Escocia resulta ilegítimamente discriminatorio en este aspecto concreto.

Por lo que respecta al sistema matrimonial vigente en la República de Irlanda, la *Civil Registration Act 2004* operó una profunda reforma del régimen de reconocimiento de las formas religiosas de celebración marital e implantó un mucho más sencillo y homogéneo régimen común a estos efectos, aplicable sin distinciones a todas ellas, pero hasta ese momento el modelo se caracterizaba por ser sumamente complejo y en algunos aspectos notablemente confuso y,

asimismo, por las llamativas desigualdades existentes entre unas y otras formas religiosas de celebración, también estas diferencias ocasionalmente objeto de la crítica científica precisamente por ser consideradas incompatibles con el artículo 44.2.3 de la Constitución de ese país[37], una presunta incompatibilidad que ya incluso había sido tempranamente detectada y denunciada por el Comité parlamentario sobre asuntos constitucionales en su conocido Informe de 1967[38].

Por otra parte, siendo este que acaba de tratarse un tema que, en mi opinión, indudablemente tiene una singular importancia habida cuenta de que en él se ve implicada la posible lesión de un principio constitucional básico, como es el de igualdad y no discriminación en el reconocimiento y disfrute de los derechos fundamentales —en esta ocasión tanto del derecho a contraer matrimonio como de la libertad religiosa—, lo cierto es que, además, conviene hacer alusión a la presencia en el sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales de otras notas caracterizadoras también dignas de mención, como es el caso especialmente de su antes ya mencionado carácter innecesariamente complejo y de la confusión que pueden fácilmente suscitar algunas de sus previsiones, fruto todo ello del hecho de que se trata de un sistema que ha venido siendo objeto de múltiples modificaciones parciales a lo largo del tiempo, no siempre realizadas con la debida perspectiva sistemática y tributarias cada una de ellas de los diferentes objetivos —estos a su vez no siempre plenamente compatibles entre sí— que prevalecieron en cada momento en la voluntad del legislador.

Esta marcada complejidad y esa índole a menudo confusa y sistemáticamente desarticulada del modelo han venido asimismo siendo objeto de denuncia, tanto generalizadamente desde el ámbito de la doctrina científica como por parte de otros operadores jurídicos, y, ocasionalmente también, han sido criticadas por la *Law Commission* en sus anteriores informes sobre esta materia.

Estos otros aspectos serán también objeto de análisis en el Informe de 17 de diciembre de 2015 que centra el objeto de estudio en este trabajo y a ello me referiré a la hora de exponer sintéticamente y glosar su contenido, pero, en todo caso, por el singular relieve que entiendo tiene el tema de la presunta lesión del principio de igualdad, será a este último al que dedicaré aquí alguna una mayor atención sin olvidar que, en cierto modo, se trata de cuestiones que en cualquier caso se encuentran estrechamente relacionadas entre sí, ya que como es fácilmente comprensible la complejidad del modelo en gran medida proviene de la ausencia de un régimen verdaderamente común y homogéneo y de la correlativa presencia de diversas especialidades aplicables a unas u otras formas religiosas de celebración.

Por lo pronto y antes de entrar a exponer el contenido de ese tan reciente Informe, conviene dar alguna noticia seguidamente de las principales razones que, hasta el momento, han dado al traste con los anteriores intentos de reforma del sistema matrimonial inglés precisamente encaminados primordialmente a simplificar el modelo y a eliminar las ya reiteradamente mencionadas

desigualdades entre unas y otras formas religiosas maritales, y ello se antoja particularmente indicado habida cuenta de que, según cabe suponer, esas o muy similares razones serán las que previsiblemente habrá de afrontar ahora el proceso de revisión legal ya en curso en el que se inscribe preliminarmente el Informe de la *Law Commission* de 17 diciembre de 2015.

IV. LAS RAZONES SUBYACENTES A LA FRUSTRACIÓN DE LOS ANTERIORES FALLIDOS INTENTOS DE REFORMA DEL SISTEMA MATRIMONIAL INGLÉS

Como se ha destacado, el régimen jurídico aplicable en Inglaterra a las formas válidas de celebración conyugal ha sido sometido a examen en las últimas décadas en no pocas ocasiones, tanto por parte de la *Law Commission* como en el contexto de las diversas iniciativas de revisión emprendidas desde instancias gubernamentales que han tenido lugar en ese periodo, y por lo general ese escrutinio orientado a la posible reforma del modelo no ha terminado teniendo un reflejo en la obra del legislador acorde a la subsanación de las deficiencias o anomalías eventualmente detectadas[39].

A la hora no solo de exponer resumidamente el devenir de las sucesivas iniciativas de reforma del Derecho matrimonial inglés dirigidas, entre otros objetivos, a suprimir las desigualdades existentes en el tratamiento de unas u otras formas religiosas de celebración conyugal, sino también, lo que acaso sea más importante, cuando se trata de sacar a la luz las verdaderas razones por las cuales esos empeños se han visto una y otra vez finalmente frustrados, seguramente nada tan esclarecedor como el relato que realiza Carolyn HAMILTON, de modo resumido pero harto elocuente, de algunos de los hitos más relevantes en el transcurso de la evolución histórica del sistema matrimonial en ese país, teniendo como telón de fondo de esa narración precisamente la reiterada queja que han venido formulando algunos grupos religiosos de minoritaria presencia social, a propósito de la discriminación de la que han sido tradicionalmente objeto en esta materia por parte del legislador inglés.

Así en efecto, como nos recuerda esta autora, tan temprano como a mediados del siglo XIX el Gobierno presentó ante el Parlamento un Proyecto de Ley con el que se pretendía modernizar y ordenar con arreglo a un criterio sistemático el Derecho matrimonial vigente en ese momento en el país, un objetivo que concretamente pretendía satisfacerse mediante la instauración de un régimen uniforme de reconocimiento de la eficacia civil de los ritos religiosos conyugales, verdaderamente común a todos ellos y aplicable por tanto sin excepciones. Este proyecto legal se topó sin embargo de inmediato con una férrea e intransigente oposición de la Iglesia de Inglaterra pues, de llegar a buen puerto la iniciativa, aquella se habría visto en la tesitura de tener que someterse a ese

nuevo régimen común en idénticas condiciones que las restantes confesiones religiosas y renunciar, por lo tanto, a su posición hegemónica y al privilegiado estatuto jurídico de que gozaba en ese momento en esta materia, y ese rechazo frontal fue la causa de que los promotores del proyecto, sin duda temerosos de que a causa del conflicto sobre este aspecto concreto pudiese ponerse en riesgo el conjunto de la más amplia reforma proyectada, cediesen parcialmente en sus pretensiones y, prudentemente, optasen por retirar durante la tramitación parlamentaria de la ley aquella inicialmente proyectada cláusula que obligaba a la Iglesia de Inglaterra a someterse al mencionado régimen común como todas las demás confesiones, si bien el Gobierno declaró entonces públicamente que, pese a todo, antes o después sería preciso implantar dicho régimen común en las condiciones originalmente propuestas, lo que no deja de ser ciertamente significativo. Ulteriormente, continúa relatándonos esta autora, en distintas ocasiones y ante la insistencia de los diversos grupos socialmente minoritarios que se sentían discriminados por el legislador en este terreno, el tema volvería a surgir tanto en el debate político como en el seno de la comunidad jurídica, pero en los informes emitidos sobre el particular por la *Law Commission* así como por otros organismos oficiales quedó claramente de relieve que la única posibilidad de llevar a cabo una reforma del sistema matrimonial en el sentido apuntado, que fuese verdaderamente acorde a la plena vigencia del principio de igualdad, habría de pasar en buena lógica por la supresión de las especialidades de las que gozaba tanto el matrimonio anglicano como también el cuáquero y el judío y, pese a ello, en el Informe que la Comisión emitió sobre este asunto en 1973 se recomendaba expresamente la instauración de ese régimen común y uniforme en materia de eficacia civil de los ritos religiosos conyugales, una recomendación esta que, sin embargo, no llegaría nunca a tener su adecuado reflejo en la labor del legislador[40].

Desde una semejante perspectiva de análisis también BROMLEY y LOWE destacan el dato de que, en un conocido *Libro Blanco* publicado en 1990[41] volvió a ser objeto de atención este tema y, entre otras cosas y bajo una similar preocupación por la vigencia efectiva del principio de igualdad, allí se propuso abiertamente proceder a una cierta unificación de los requisitos preliminares del matrimonio para instaurar un régimen común en este aspecto tanto para la forma civil como para las formas religiosas, lo que de haber prosperado hubiese supuesto la renuncia por parte de la Iglesia de Inglaterra a su estatuto particular concerniente a esta cuestión específica; el Gobierno, concluyen estos autores, terminó por descartar esa medida unificadora que habría representado no solo una disminución de las desigualdades en este terreno sino también una beneficiosa simplificación de un sistema ya de por sí innecesariamente complejo, y lo hizo, precisamente, en gran medida influido por el hecho de que un grupo de trabajo constituido por el Sínodo General de la Iglesia de Inglaterra, aparentemente celoso de la preservación de las particularidades y prerrogativas de

que gozaba esta confesión en el sistema matrimonial inglés, había ya expresado su oposición a la reforma sugerida[42]; a las apreciaciones de estos autores sobre este aspecto debe añadirse que, ulteriormente, será la oposición en este caso de la Iglesia de Gales la que impedirá la instauración de un régimen común y prácticamente uniforme en relación con los requisitos de la fase preliminar del connubio, que hubiera conllevado la supresión del sistema dual existente sobre este punto (*Anglican and civil preliminaries*) y que fue propuesta en 2003 por un documento emanado de la *General Register Office*[43] en el marco del correspondiente proceso de revisión.

Ambas descripciones doctrinales resultan profundamente reveladoras y dejan claramente al descubierto los verdaderos motivos por los cuales los sucesivos intentos de reformar el sistema matrimonial inglés, para dar plena efectividad en él al principio de igualdad y no discriminación, se han visto frustrados una y otra vez.

La implantación de un régimen común en este terreno hubiese requerido lógicamente de la simultánea supresión de las especialidades y privilegios concedidos en esta materia por razones históricas a ciertas confesiones, y la enorme dificultad que representaba ese empeño es la que, con toda probabilidad, ha impedido hasta la fecha que prosperasen esas aspiraciones de cambio legal, pues en efecto todo parece indicar que el gran coste político y social —y acaso electoral— que dicha supresión habría conllevado es algo que las autoridades inglesas no parecen hasta ahora haber estado dispuestas a asumir.

Por lo demás, este tipo de presiones sobre las autoridades civiles y particularmente sobre el Parlamento ejercidas por diversos grupos sociales y, particularmente, por algunas confesiones religiosas —obviamente de un modo especialmente conspicuo por la Iglesia de Inglaterra— no constituyen un fenómeno nuevo ni, por supuesto, privativo del desarrollo del sistema matrimonial, pues de hecho esas presiones se han venido produciendo, en este como en tantos otros ordenamientos, con singular intensidad en el terreno de eso que comúnmente conocemos como las relaciones Iglesia-Estado, y puede a este respecto recordarse que precisamente, como se ha hecho notar, una de las pocas enmiendas al contenido sustantivo de la *Human Rights Act 1998* fue precisamente introducida, durante el proceso de tramitación de esta norma, a causa de la preocupación que había expresado aquella confesión acerca de las consecuencias que una determinada interpretación del régimen convencional europeo de la libertad religiosa hubiera podido tener en el desenvolvimiento de sus actividades[44], señalándose además, lo que no deja de ser muy significativo, que no queda claro si el gobierno accedió aquí a las pretensiones de la Iglesia de Inglaterra por verdadero convencimiento de las bondades de su posición o más bien por pura conveniencia, ante el temor de que, de no hacerlo así, podría tal vez ponerse en riesgo la aprobación de la ley en su conjunto[45]; esta última apreciación, como se ve, evoca el recuerdo de lo que asimismo aconteció en una

de las más tempranas iniciativas de reforma del sistema matrimonial tal y como explicaba HAMILTON en el esclarecedor relato que ha sido aquí ya reflejado.

V. EL PROYECTO DE REVISIÓN DEL DERECHO MATRIMONIAL INGLÉS ACTUALMENTE EN CURSO: EL INFORME DE LA *LAW COMMISSION* DE 17 DE DICIEMBRE DE 2015

Es algo sobradamente conocido, dada la gran notoriedad social que tuvo esta norma y su amplia difusión en los medios de comunicación tanto locales como extranjeros, que la promulgación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* produjo un cambio de enorme trascendencia jurídica en Inglaterra y Gales como lo fue sin duda la introducción de la figura del matrimonio entre personas del mismo sexo, pero en lo que a menudo no suele repararse es en el hecho de que esa ley trajo igualmente consigo otra consecuencia jurídica seguramente no menos relevante, en este caso a raíz de lo estipulado en su sección 14 que impuso al Gobierno la obligación de poner en marcha un proceso de revisión legal tendente a considerar la posibilidad de dar acogida, también en el ordenamiento inglés, a la figura de los llamados *matrimonios de creencia*, esto es a los matrimonios propios de los grupos ideológicos o filosóficos carentes de naturaleza religiosa, a los que la norma denominó grupos de creencia (*belief organizations*) y que fueron en ella definidos como aquellos cuya principal o exclusiva finalidad fuese la de la promoción o el desarrollo de un sistema de creencias no religiosas relacionado con la moralidad o la ética[46].

En cumplimiento de aquel mandato legal el Gobierno llevó a cabo el requerido procedimiento de una amplia consulta pública sobre este asunto que, entre otras cosas, puso de manifiesto la conveniencia de que un eventual reconocimiento de este tipo de matrimonios se realizase en el marco de una más amplia reforma del sistema matrimonial. De otro modo, se estimó que la irrupción de esta nueva figura podría generar nuevas anomalías y disfunciones en la legislación en vigor, suscitándose especialmente serias dudas en relación con el hecho de que dicho reconocimiento, de no llevar aparejada una revisión y reformulación global del sistema, comportaría presumiblemente nuevas desigualdades entre los grupos religiosos y los de creencia y, posiblemente también, nuevas discriminaciones de unos grupos de creencia respecto de otros[47]; además, como se ha puesto oportunamente de relieve, en el debate previo a la ley de 2013 había seguido estando muy presente la cuestión de la desigualdad existente en cuanto a las distintas formas religiosas de celebración conyugal, junto a este otro tema de los matrimonios de creencia, y la aprobación de dicha ley ya había supuesto una nueva oportunidad perdida para reformar en su integridad los requisitos aplicables a la formalización del matrimonio, precisamente a causa, una vez más, del temor a que el planteamiento de esa más amplia reforma

hiciese todavía más difícil la aprobación de una ley que, ya de por sí, estaba resultando particularmente controvertida[48].

Así las cosas, en diciembre de 2014, el Gobierno solicitó formalmente a la *Law Commission* que, en el marco de sus competencias, llevase a cabo una revisión global del sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales.

El Informe de la Comisión de 17 de diciembre de 2015 que va a ser aquí objeto de atención preferente, aunque dado su relativamente extenso contenido solo lo será en sus elementos esenciales y más representativos, fue hecho público al término del periodo inicial de ese proceso y, por lo tanto, tiene aún un carácter muy preliminar (de ahí que adquiera la forma de un *scoping paper*)[49], pero no por ello deja de tener una importancia notable pues, si bien no estamos todavía en la fase en la que tienen lugar las recomendaciones concretas dirigidas a producir los cambios legales que se estimen necesarios, lo cierto es que ya al término de aquel periodo inicial ha debido tener lugar una amplia consulta con las organizaciones sociales interesadas y se ha llevado a cabo un importante estudio de la normativa vigente y del tratamiento de esta materia en el Derecho comparado, habiendo sido ya claramente identificadas las principales deficiencias de la ley y sugiriéndose tras ello, aun de esa manera preliminar, las grandes líneas por las que previsiblemente habrá de discurrir la reforma legal que finalmente sea recomendada al término de todo el proceso de revisión[50].

Además, en esta ocasión, esa importancia viene incrementada si cabe por el hecho de que, como anticipé, algunos de los aspectos más problemáticos resultantes de ese diagnóstico inicial no habían sido anteriormente destacados por la Comisión o, habiéndolo sido, no habían tenido a la postre un reflejo en la labor del legislador y sin embargo son ahora significativamente aludidos como demandantes de una ya prioritaria e inaplazable revisión, circunstancia que se explica además parcialmente por el hecho de que el Informe ha tenido en cuenta la evolución experimentada en los últimos años por algunos ordenamientos cercanos como el escocés o el irlandés, y esta evolución sin duda juega a favor del carácter perentorio que ahora la Comisión atribuye a algunas de las nuevas orientaciones legales preliminarmente sugeridas.

Así pues, el Informe comienza identificando, brevemente pero con absoluta claridad, una serie de problemas que a juicio de la Comisión plantea la regulación vigente en este terreno.

De entrada se hace notar que la legislación inglesa contiene una serie de restricciones en cuanto a la forma de celebración del connubio que la Comisión califica de sorprendentes, algunas de ellas provenientes de un régimen de reconocimiento de la eficacia civil de los ritos religiosos conyugales basado en el mecanismo del previo registro del lugar de culto en cuestión como uno apto para la celebración de matrimonios, lo que supone que con pocas y limitadas excepciones no es posible contraer matrimonio al aire libre (*outdoors*) o en un domicilio particular o, de hecho, en cualquier otro lugar que no haya sido ex-

presamente certificado para ello. Además, se añade, no les es legalmente posible a las llamadas organizaciones ideológicas o filosóficas, también denominadas organizaciones de creencia (*non-religious belief organisations*), tales como la *British Humanist Association*, acceder a los efectos civiles de sus propios ritos de celebración conyugal. E incluso aquellas parejas que desean celebrar su enlace en forma religiosa pueden eventualmente no ver satisfecha esta aspiración si no se dan los requisitos que impone la ley para la celebración del matrimonio en un lugar determinado (§ 1.5).

Asimismo, los contrayentes deben necesariamente optar entre una ceremonia religiosa o una estricta y rigurosamente civil, habida cuenta de que existe en el Derecho inglés la prohibición de incluir cualquier elemento con connotaciones religiosas en el transcurso de la ceremonia civil, lo que representa un problema especialmente para aquellos matrimonios en los que los contrayentes profesan religiones diferentes (*interfaith couples*), pues en estos casos normalmente se habrá de elegir entre una ceremonia que responda solo a la liturgia prescrita por la religión de uno de ellos o, no siendo así, por otra —la civil— que no refleje en modo alguno las creencias religiosas de ninguno de los dos (§ 1.6).

Como resultado de todo ello, se apunta en el Informe, muchas parejas se verán presumiblemente en la tesitura de tener que celebrar dos ceremonias diferentes para satisfacer tanto los requerimientos legales como los de su propia conciencia: una ceremonia que la ley estatal considera válida y generadora de los efectos jurídicos propiamente matrimoniales y otra acorde a sus creencias (*a belief-based ceremony*), que en este caso, además, será posiblemente la que los contrayentes en su fuero interno tendrán por la «verdadera» ceremonia matrimonial. Ante esta situación, cabe pensar también que otras parejas optarán directamente por no contraer matrimonio si no pueden hacerlo en la forma en que lo desean o, en su caso, se plantearán viajar a otros países allí donde sea admitida una más amplia variedad de modalidades conyugales civilmente reconocidas. Y lo que es más preocupante a juicio de la Comisión, tal vez algunas parejas opten por celebrar una ceremonia nupcial acorde a sus deseos o a sus convicciones sin cerciorarse de su validez y eficacia civiles para solo descubrir después, en el momento de producirse eventualmente la crisis matrimonial, que realmente dicha ceremonia carecía de ellas, pues de hecho en los últimos años se han dado supuestos de esa naturaleza en los que los tribunales han tenido que decidir si efectivamente las personas involucradas estaban o no legalmente casadas, y la acreditada dificultad para interpretar en estos casos la legislación vigente pone en evidencia, se subraya textualmente en el Informe, una inquietante falta de certeza en el ordenamiento inglés acerca de lo que propiamente constituye el matrimonio (§ 1.7).

Así pues, concluye su incisivo diagnóstico el Informe, algunas cuestiones tales como la antigüedad de la legislación reguladora del matrimonio cuyo origen se remonta a mediados del siglo XIX y que en lo esencial no ha sufrido

variaciones en su esquema de reconocimiento, las anomalías y la potencial injusticia derivadas del hecho de que ciertos tipos de ceremonias conyugales son legalmente privilegiadas frente a las demás, la falta de certeza existente en determinados supuestos acerca de la validez o no de un matrimonio o, finalmente, la innecesaria complejidad del sistema matrimonial vigente, son todos ellos aspectos que, de entrada, proporcionan buenas razones para llevar a cabo el proceso de revisión y reforma legal en el que se enmarca este documento de trabajo (§ 1.12).

Con este punto de partida y tras hacerse eco resumidamente de los principales intentos de reforma previamente emprendidos en esta materia, en general sin éxito salvo en lo tocante a ciertos aspectos puntuales tales como la supresión de las restricciones que otrora solo permitían celebrar el matrimonio en determinadas franjas horarias, la Comisión procede a relatar las razones por las cuales considera que la modificación del sistema matrimonial debe ser ya considerada un asunto perentorio que no admite más demoras, y lo hace bajo la expresiva rúbrica «*What has changed to make a reform a priority?*», advirtiendo a este respecto que el hecho de que esos precedentes empeños reformistas no prosperasen no significa que no estuviesen justificados ni fuesen necesarios sino, simplemente, que acaso no se tuvo entonces la percepción de que existía una verdadera y apremiante demanda social de cambio en este terreno y por ello no se les dio la debida prioridad; sin embargo, señala el Informe, mucho ha cambiado la sociedad inglesa desde que el último gran proceso de reforma del sistema matrimonial fuese abandonado en el año 2005[51], por no decir desde que fue aprobada la vigente ley de 1949 cuyo esquema general —a su vez sustancialmente proveniente de la normativa implementada a mediados del siglo XIX— permanece básicamente inalterado en la actualidad (§ 1.21), y desde este convencimiento la Comisión se dispone a relatar los principales aspectos en los que se ha verificado ese cambio social.

En primer lugar, se afirma que existe en el país una creciente demanda social en pro de una alternativa a las actualmente existentes opciones civil y religiosa de la ceremonia nupcial, observándose que la disminución del número de personas que profesan alguna religión (*the decline in adherence to formal religion*), junto a la percepción muy extendida de que la ceremonia civil no permite el grado de personalización por muchos deseado, han conducido a numerosas personas a buscar opciones matrimoniales que respondan más plenamente a sus creencias o convicciones: algunas parejas en las que los contrayentes profesan credos religiosos distintos entre sí podrían aspirar a celebrar una ceremonia más personalizada que en alguna medida reflejase por igual las creencias de ambas partes y, asimismo, es comprensible que otros individuos aspiren a poder celebrar su enlace conforme a un determinado conjunto de creencias no necesariamente religiosas como es el caso destacadamente del humanismo (§ 1.22).

A causa de estas legítimas aspiraciones, añade el Informe, en los últimos años se detecta un fenómeno floreciente, básicamente desarrollado al margen

del Derecho matrimonial, como es el que representa la multitud de celebrantes que llevan a cabo ceremonias maritales carentes de relevancia y efectos legales en el ordenamiento del Estado, y, si bien es cierto que en estos supuestos los contrayentes normalmente celebrarán adicionalmente otra ceremonia civil con arreglo, ahora sí, a las prescripciones de la ley estatal pues en la práctica totalidad de los casos tendrán plena conciencia de que solo esta última tiene validez y eficacia en el Derecho civil, lo cierto es que aquel fenómeno es ya de por sí revelador de la existencia de una real y creciente demanda social de cambio en este sector del Derecho que no existía, o al menos no con esta dimensión, en décadas precedentes (§ 1.23).

A este respecto, la Comisión precisa que la mera constatación de un cambio social de esta naturaleza no requiere por sí misma necesariamente de una inmediata modificación legislativa, pero al mismo tiempo destaca que existe en Inglaterra y Gales un creciente reconocimiento de la legitimidad de las pretensiones de aquellos que actualmente se ven imposibilitados de formalizar válida y eficazmente su matrimonio con arreglo a sus deseos y convicciones. El concepto de creencia (*belief*), se añade, es hoy concebido en un sentido más amplio de lo que otrora lo fue y ya no solo incluye las creencias religiosas o que tradicionalmente han sido tenidas por tales, y, de hecho, concluye el Informe, una gran parte de las respuestas proporcionadas por las organizaciones ideológicas o filosóficas en el proceso de consultas previo a este documento de trabajo llamaron la atención sobre el dato de que los humanistas, actualmente, no pueden válidamente casarse mediante una ceremonia acorde a sus convicciones, realizada en un lugar para ellos verdaderamente significativo por razones de conciencia y celebrada por una persona que comparte sus creencias (§ 1.24). Adicionalmente la Comisión subraya el dato de que, tanto en Escocia como más recientemente en la República de Irlanda[52], se ha abierto ya la vía para el reconocimiento legal tanto de los matrimonios propios de los grupos de creencia o los también llamados grupos seculares (*belief marriages* y *secular marriages* respectivamente) como, asimismo, para la válida celebración de los matrimonios entre personas que profesan religiones distintas mediante una ceremonia que refleja las convicciones de ambos contrayentes (*interfaith marriages*) (§ 1.25 a 1.27).

Por otra parte, en relación con toda esta cuestión aunque desde una perspectiva más amplia, el Comité dedica también alguna atención a la que considera ya muy notable demanda social de una mayor flexibilidad en cuanto al conjunto de lugares legalmente considerados aptos para celebrar el connubio, tanto en el terreno de las formas religiosas como en el de la forma estrictamente civil de celebración, aludiendo a las reclamaciones crecientemente planteadas en torno a la posibilidad de contraer el matrimonio en el domicilio particular de los contrayentes y asimismo a propósito de la celebración conyugal en lugares al aire libre; a este respecto, el Informe se hace eco de la posibilidad ya existente en

ambos sentidos en no pocos ordenamientos de la órbita del *common law* y señala que la propia ley inglesa en vigor está ya siendo desde hace tiempo aplicada con una gran laxitud, lo que ha propiciado que de hecho haya sido autorizada en algunos casos la celebración de matrimonios en domicilios particulares y en ciertos lugares al aire libre (§ 1.28 a 1.31).

Por último, la evolución social experimentada en este ámbito se materializa en un tercer género de cuestiones destacadas por el Comité, relacionadas con el percibido incremento en el país del número de matrimonios exclusivamente religiosos (*religious-only marriages*), esto es de matrimonios celebrados conforme a los ritos propios de la religión que profesan los contrayentes pero carentes de toda relevancia civil, y que pueden haberse contraído de ese modo por distintas motivaciones: algunas personas para las que el matrimonio religioso tiene ya un profundo significado estimarán que aquel es suficiente para satisfacer los dictados de su conciencia; para otros individuos ello constituirá una forma de convivir en pareja al menos con una cierta legitimación al margen del matrimonio legalmente reconocido; pero para algunas personas esta situación no es deseada ni pretendida y simplemente obedece a que no se han cumplido en su enlace los requerimientos que instaura la ley estatal para considerar civilmente válido su matrimonio. La Comisión dice haber tenido conocimiento de que algunos de estos matrimonios se celebran en determinados lugares de culto pero, la mayor parte de ellos, son contraídos en domicilios particulares o en lugares que solo han sido certificados para la celebración en ellos de matrimonios civiles (§ 1.33). Este tipo de situaciones, por lo demás, representan un serio problema ya que normalmente serán consideradas en el ordenamiento inglés como no matrimoniales (*non-marriage*), lo que significa que los convivientes —puesto que técnicamente no son cónyuges— carecerán del estatus legal correspondiente a las personas casadas y de la protección que dicho estatus lleva aparejada para el caso de las crisis matrimoniales o en la eventualidad del fallecimiento de una de las partes (§ 1.35).

En definitiva, se concluye en el Informe, todos estos cambios sociales evidencian que existe actualmente tanto una necesidad como un deseo de que el sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales sea reformado, aunque son tales los problemas que plantea este sistema en las distintas facetas aludidas que esa reforma no puede limitarse a la simple cuestión de decidir qué otros grupos, aparte de los que actualmente ya gozan de esta posibilidad, pueden también acceder a la eficacia civil de sus ritos conyugales, sino que cabalmente ha de llevarse a cabo una revisión del entero sistema matrimonial para proponer una reforma que globalmente aspire a la consecución de un modelo que sea al mismo tiempo coherente y justo para todos (§ 1.36).

Habiendo sido identificados los principales problemas y disfunciones que a juicio de la Comisión plantea el sistema matrimonial vigente en Inglaterra y Gales así como las más relevantes demandas y aspiraciones que ha eviden-

ciado el análisis de la evolución social en este terreno, y habiendo igualmente examinado el modo en el que estas cuestiones son tratadas en algunos de los modelos más próximos básicamente de la órbita del *common law*, el Informe se dispone seguidamente a sugerir, con carácter preliminar, las orientaciones fundamentales por las que habría de discurrir una hipotética futura reforma legal de este sector del ordenamiento, porque en efecto, tras su amplia y pormenorizada labor de revisión de todas esas cuestiones[53], la Comisión ha quedado plenamente convencida de la clara necesidad de una modificación global del sistema matrimonial inglés que, desde una perspectiva sistemática, afronte ya sin más demora toda una serie de específicos problemas y anomalías que desde hace largo tiempo vienen detectándose en el ordenamiento de ese país (§ 1.50)[54]. La premisa de la que se parte en el Informe es la de que los cambios legislativos que finalmente hayan de acaecer habrán de estar presididos por los principios de certeza y simplicidad, de justicia e igualdad, de protección del interés estatal en el matrimonio y del respeto por los deseos y creencias de los individuos en este campo (§ 3.3).

Se trata ahora, como digo, de unas sugerencias todavía muy preliminares a las que habrá de suceder, en la siguiente fase del proceso de reforma, un más extenso periodo de consultas a cuyo término se habrán ya de formular las pertinentes recomendaciones más específicas en orden a las concretas medidas legales a adoptar, pero en todo caso algunas de estas sugerencias, y entre ellas las más relevantes desde el punto de vista de la tutela del principio de igualdad que es el tema al que se está prestando una singular atención en estas páginas, son fundamentalmente las que a continuación paso a relatar.

En primer lugar, se hace necesario introducir una mayor certeza en el sistema que permita conocer claramente y con precisión, tanto el hecho de la válida celebración del matrimonio como, asimismo, el momento concreto en el que ello ha tenido lugar, ya que esto es fundamental para los individuos implicados y para el propio Estado en la medida en la que de aquel acto se derivan importantes consecuencias jurídicas. No obstante, se ha de buscar un cierto equilibrio entre la consecución de esa mayor certeza, de un lado, y el propósito de minimizar el número de matrimonios inválidos por motivos de forma (implícitos aquí, hago notar, tanto el reconocimiento de la función básicamente accesoria de la forma de celebración como asimismo el papel que también se atribuye en este ordenamiento al principio *favor matrimonii*), de otro, ya que unas normas muy estrictas en cuanto a la forma de celebración podrían resultar contraproducentes a esos efectos. Para contribuir al logro de estos objetivos, el Informe sugiere además la conveniencia de simplificar un modelo que generalmente se ha considerado como especialmente complejo y proclive a generar confusión, ya que un sistema más simple en su concreta articulación normativa, entre otras cosas, disminuiría el riesgo de incurrir en errores que pudiesen derivar en una inválida celebración del connubio (§ 3.4).

En segundo término, el Informe se pronuncia acerca de las implicaciones en este asunto del principio de igualdad y no discriminación, y lo hace en términos que difícilmente podrían resultar más claros e incluso categóricos.

A juicio de la Comisión, el sistema ha de ser justo para todos con independencia de sus diferentes creencias u orígenes culturales, y ha de ser además plenamente respetuoso con la legislación en materia de derechos humanos y de igualdad. Ello no significa, aclara el Informe reflejando así implícitamente la tradicional distinción entre las ideas, no implicadas, de igualdad y de uniformidad jurídicas, que no se puedan tener en alguna consideración las diferencias existentes entre las diversas religiones o creencias, pero sí supone que el nivel de regulación (*the level of regulation*) debería ser el mismo para todos los grupos que puedan celebrar matrimonios salvo que exista una razón suficientemente justificada para que esto no sea así. En este sentido el sistema ideal para este órgano consultivo sería aquel en el que se verificase un régimen verdaderamente común en esta materia (*a single framework*), aplicable por igual a todas las religiones o creencias, sin perjuicio de que quedase además un cierto ámbito para la expresión y el reconocimiento de las posibles distintas tradiciones matrimoniales (§ 3.6); esto último, en todo caso, no pone en cuestión en modo alguno la conveniencia de la implantación de ese régimen común ni cuestiona tampoco de ninguna manera la plena competencia de los poderes públicos para imponerlo sin excepciones como parte de la regulación de un objeto social, el matrimonio, sobre el que el Estado tiene legítimamente la plena competencia[55], y en este sentido el Informe también menciona ulteriormente otros aspectos, tales como la verificación de la capacidad conyugal de los contrayentes o el mantenimiento de un Registro de los matrimonios contraídos, sobre cuya regulación el Estado reclama un interés primordial (§ 3.7).

Finalmente, el último de los principios a los que habría de acomodarse una hipotética nueva regulación de esta materia es el del debido respeto a la voluntad y a las creencias de los individuos implicados, lo que ante todo supone permitir a los contrayentes que asuman su mutuo compromiso marital en la forma en la que deseen hacerlo con arreglo a sus propias convicciones. Ello no significa, aclara la Comisión, que deban ser reconocidas incondicionadamente cualesquiera formas de manifestar el consentimiento conyugal ni que, por supuesto, se esté sugiriendo una completa desregulación de este aspecto que sería muy problemática tanto para las partes involucradas como para el propio Estado (§ 3.9)[56], pero lo que sí queda claro en el Informe es que no es preciso regular todos y cada uno de los aspectos que integran el proceso conducente a la efectiva contracción del connubio, dicho ello en el sentido de que ha de dejarse un cierto espacio a la libre decisión de los contrayentes respecto a la forma de celebrar su enlace, en el marco de una regulación general de este asunto legalmente instaurada con la debida claridad y certeza (§ 3.11).

A la vista de todos estos principios, la Comisión estima que la mejor opción para implementarlos a través del proceso de reforma legal en el que se inserta este Informe, de entre otras posibles cuyas ventajas e inconvenientes son analizados con detalle[57], sería la de promulgar una nueva normativa que permitiese a los contrayentes una mayor libertad de elección de la forma en la que desean contraer matrimonio, en el contexto de una estructura legal del connubio que a su vez se considera necesario simplificar notablemente (§ 3.13).

Teniendo en cuenta que a este Informe preliminar le habrá de suceder la redacción de un más concreto proyecto de reforma legal, que es la que se someterá al trámite de consultas que corresponde a la siguiente fase del proceso de revisión actualmente en curso, la Comisión señala que son los principios antes mencionados los que habrán de orientar ese proyecto subsiguiente que, por lo tanto, habrá de estar principalmente dirigido a encontrar los modos más adecuados de delinear un sistema que permita un más amplio reconocimiento tanto de los matrimonios religiosos como de los no religiosos, lo cual, aclara la Comisión, podría implicar la introducción finalmente de un régimen común para los requisitos previos a la celebración del matrimonio (*universal civil preliminaries*) —hasta ahora inexistente como tal habida cuenta de las especialidades de que disfruta en este terreno el matrimonio anglicano—. Este más detallado proyecto de reforma, se añade, deberá estar también ordenado a maximizar el grado de libertad de elección de los contrayentes en este campo (§ 3.32).

Así las cosas, el Informe dedica su capítulo final a sentar las bases de la siguiente fase de consultas, identificando las principales cuestiones que, bajo las finalidades relatadas, habrán de someterse al público escrutinio adecuadamente reflejadas en el pertinente proyecto de reforma legal que habrá ahora de redactarse[58].

Resultaría aquí excesivamente prolija la referencia puntual a todas esas cuestiones pero, al menos y en atención a las evidentes implicaciones del principio de igualdad a las que se ha venido prestando una especial atención en estas páginas, mencionaré ahora solamente dos de ellas.

Por un lado, la Comisión propone someter a una más amplia consulta la necesidad o no de igualar los requisitos preliminares del matrimonio, en los que hasta ahora se aprecian las más notables diferencias entre las diversas formas religiosas reconocidas, para establecer un régimen uniforme sobre esta cuestión. El Informe subraya significativamente que, a la hora de realizar esa consulta, habrá de tenerse en cuenta que la instauración de ese régimen común y uniforme conllevará lógicamente la supresión de las posiciones particulares que ostentan en este tema tanto la Iglesia de Inglaterra como la Iglesia de Gales, cuyos respectivos matrimonios están sujetos a sus propios regímenes de requisitos preliminares (§ 4.5). La Comisión advierte a este respecto que esa unificación de las exigencias preliminares viene siendo desde hace muy largo tiempo reclamada desde diversas instancias y su efectiva implementación haría disminuir

en gran medida la actual complejidad del sistema, al tiempo que garantizaría que todas las creencias y tradiciones culturales son tratadas con igualdad, de modo que se recomienda, en la fase de consultas y en diálogo con las diversas organizaciones interesadas en este asunto, valorar adecuadamente si existen razones de peso a favor del mantenimiento del actual *statu quo* que superen a las indudables ventajas que aportaría el mencionado régimen común (§ 4.6).

Por otro, se plantea también la consulta ulterior acerca de la posibilidad de reconocer los efectos civiles de los ritos matrimoniales propios de los llamados grupos de creencia, de carácter ideológico o filosófico pero no religioso, a semejanza de lo que ya acontece en otros ordenamientos cercanos(§ 4.23).

La primera de las hipótesis mencionadas, como quedó ya evidenciado, no es nueva en el ordenamiento inglés aunque hasta el momento no haya tenido una respuesta positiva por parte del legislador de ese país; la segunda, por lo que se me alcanza, al margen de su presencia en los debates y trabajos previos a la promulgación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*, no había sido hasta ahora planteada expresamente como tal en ninguno otro de los informes de la *Law Commission* ni en los de ninguna otra de las agencias y organismos oficiales encargados de llevar a cabo los procesos de revisión y reforma legal, lo que por otra parte tampoco puede extrañar si se tiene en cuenta que la irrupción de los llamados matrimonios de creencia o matrimonios seculares en los ordenamientos escocés e irlandés, respectivamente, constituye un fenómeno también relativamente reciente.

VI. CONCLUSIONES

Como fue ya anticipado al comienzo de este trabajo, pese a que se trata de un documento muy preliminar cuyos planteamientos habrán de verse o no refrendados en ulteriores fases del proceso de reforma del sistema matrimonial inglés actualmente en curso, el Informe de la *Law Commission* de 17 de diciembre de 2015, a la vista de su contenido, está llamado a tener una gran importancia aunque solo sea por el hecho de que, junto a otros aspectos en los que la Comisión vuelve a incidir en cuestiones que ya habían sido previamente objeto de alguna consideración por su parte —es el caso de la unificación de los requisitos preliminares del matrimonio alentada por la necesidad de una más plena satisfacción del principio de igualdad—, sugiere además la conveniencia de explorar algunas vías de reforma que hasta hace muy poco tiempo no habían sido contempladas oficialmente, como así acontece destacadamente en el supuesto del posible reconocimiento de los efectos civiles también a los ritos conyugales propios de los llamados grupos de creencia, sugerencia esta que asimismo se encuentra estrechamente vinculada con la adecuada realización en este terreno del valor de la igualdad.

Cualquier pronóstico en este campo no deja de ser una mera especulación, pero, en todo caso, se antoja más verosímil la hipótesis de que en efecto la extensión a los grupos de creencia de la eficacia civil de sus matrimonios pueda llegar finalmente a tener lugar en Inglaterra y Gales, teniendo en cuenta que la experiencia del Derecho comparado en la más inmediata órbita del *common law* ha discurrido justamente por ese camino y, especialmente, tomando en consideración que esa hipotética extensión podría teóricamente realizarse sin poner en solfa el estatuto particular de reconocimiento del que en ciertos aspectos disfruta el matrimonio de la Iglesia de Inglaterra —así como el de la Iglesia de Gales—.

Sin embargo, esa expectativa de reforma previsiblemente está llamada a encontrar una mayor resistencia social, como así ocurrió en el pasado, respecto al propósito de someter todas las formas religiosas maritales a un mismo régimen común de reconocimiento estatal, pues a la vista de la experiencia histórica cabe suponer que estas iglesias oficiales no renunciarán fácilmente a sus privilegios en esta materia, y no por casualidad, de manera muy reveladora la Comisión subraya en el Informe, como se vio, que esa implantación de un régimen común obligaría a dar por terminada la posición especial de que gozan en este ámbito tanto la Iglesia de Inglaterra como la de Gales, lo que denota que este órgano consultivo es plenamente consciente de las dificultades que presumiblemente habrá de afrontar ese empeño reformador, las mismas por otra parte a las que hubieron de hacer frente, a la postre sin éxito, otros precedentes proyectos de revisión legal.

Hace ya algún tiempo, un muy reconocido experto y antiguo miembro de la *Law Commission* como es el caso del prof. Cretney, en un penetrante trabajo sobre la labor de la Comisión en la reforma de este sector del ordenamiento, incidía una vez más en las dificultades de implementación de las propuestas realizadas por este órgano consultivo respecto a la unificación de los requisitos impuestos a la formalización del connubio, derivadas dichas dificultades del hecho de que, cabalmente, esa unificación afectaría al mantenimiento de la posición especial de la Iglesia de Inglaterra, concluyendo este autor que la valoración acerca de si las ventajas de esas modificaciones superaban a los posibles inconvenientes, así como la subsiguiente decisión de adoptar o no las recomendaciones propuestas, eran ya aspectos fuera del alcance de la Comisión y dependían por entero de un eventual juicio político de las autoridades[59]. La descripción del fenómeno era sin duda certera, pero acaso debiera ello matizarse en el sentido de que, desde una perspectiva iusfundamental, ese juicio político no es, o entiendo que no debería ser algo ajeno a las exigencias dimanantes en este caso del principio de igualdad, y en este sentido quizás habría que hablar aquí —como por lo demás en cualquier otra faceta de la actividad de los poderes públicos— de un juicio político siempre jurídica y constitucionalmente condicionado.

En sede doctrinal, a la vista del papel preponderante que, como se ha destacado, tuvo la preocupación por garantizar la plena vigencia del principio de

igualdad en el marco de los debates suscitados a raíz de la puesta en marcha del proceso de revisión tendente a explorar un posible reconocimiento en Inglaterra de los matrimonios de creencia tras la aprobación de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* —un proceso del que el Informe de 17 de diciembre de 2015 es en cierto modo también una consecuencia como se ha visto—, al tiempo que se ha advertido que no es algo seguro que las eventuales recomendaciones de la Comisión vayan a ser ulteriormente implementadas por el legislador, se ha señalado asimismo que, no obstante, precisamente por el énfasis que se ha venido poniendo desde entonces en el principio de igualdad, perceptible aquel en los sucesivos documentos de ese proceso de revisión y consultas, no es fácil concebir que el actual sistema pueda en el futuro próximo permanecer sustancialmente inalterado sin hacerse eco de uno u otro modo de esas reivindicaciones ligadas a un tratamiento menos desigual y discriminatorio en esta materia[60].

Y lo que está sugerido aquí fundamentalmente en atención al tema del reconocimiento de los matrimonios propios de los grupos de creencia se intuye, también y por las mismas razones de fondo, igualmente predicable de las pretensiones de eliminar las discriminaciones que se observan entre unos y otros ritos conyugales religiosos. Solo el transcurso del tiempo nos permitirá comprobar si, en este nuevo intento, la ya apremiante necesidad de simplificar el sistema y, lo que sin duda es más importante, la cada vez menos defendible desigualdad que lo caracteriza, logran imponerse a la presión ejercida por los grupos religiosos tradicionalmente más beneficiados por el legislador inglés, en el supuesto, claro está, de que esa presión vaya a volver a producirse como en el pasado, pues tampoco debemos prejuzgar que la actitud de dichos grupos no vaya a cambiar ante esta nueva oportunidad de cambio. Desde mi particular visión de este asunto y bajo el prisma de las consecuencias que entiendo cabe extraer en este terreno de la vigencia del principio de igualdad y no discriminación, confío en que ello sea así y las reformas sugeridas en estos aspectos se abran finalmente camino en la obra del legislador inglés.

NOTAS

[1] El texto íntegro del informe es accesible en este vínculo: http://www.lawcom.gov.uk/wp-content/uploads/2015/12/Getting_Married_scoping_paper.pdf.

[2] *Vid. infra* lo que se expone al comienzo del epígrafe V acerca del papel desempeñado por el contenido de la sección 14 de la *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013* en la gestación del proceso de reforma legal del sistema matrimonial actualmente en curso.

[3] Cfr. MARTIN, J., *The English Legal System*, Abingdon, 2010, 89-90; como se ha puesto de relieve, durante esa etapa inicial un gran número de las recomendaciones de la Comisión fueron atendidas por el legislador inglés de manera rápida y efectiva, y solo a partir de finales de los años setenta se percibe un cambio de actitud al respecto, por parte del Gobierno, a la hora de impulsar ante el Parlamento las correspondientes iniciativas de reforma (Cfr. EDDEY, K., *The English Legal System*, London, 1982, 181).

[4] Cfr. ELLIOTT, C. y QUINN, F., *English Legal System*, Harlow, 2006, 121.

[5] Cfr. SLAPPER, G. y KELLY, D., *English Law*, London, 2010, 39; así ocurrió, por ejemplo, en esta ocasión en relación con la toma en consideración judicial a esos efectos de un Informe de uno de los diversos Comités especiales creados para el examen y reforma de ciertos sectores concretos de la legislación (*Criminal Law Revision Committee*), en el caso *R v Shivpuri* [1987] AC 1.

[6] Cfr. DARBYSHIRE, P., *English Legal System in a Nutshell*, London, 1989, 31; esta idea se ha expresado resumidamente en los siguientes términos: «*the work of the Commission and the Committees may be regarded as a source of law in that it is an* historical source *of the law contained in the statute which implements its proposals*» (SMITH, K. y KEENAN, D. J., *English Law*, London, 1979, 105. La cursiva es suya); más recientemente, en un sentido similar, se ha postulado lo que sigue: «*the reports of these bodies are an important and influential guide to the purpose of the legislation and, especially where they produce a draft bill, to the meaning of the Act itself*» (BELL, J., Sources of Law, en Burrows, A. (*Ed.*), *English Private Law*, Oxford, 2013, 21); no obstante, ha de tenerse presente que el auxilio hermenéutico que judicialmente cabe obtener de estos informes se circunscribe exclusivamente a ese elemento teleológico: «*although the Parliamentary history of an Act is rejected as an aid to construction, reports of Royal Commissions, Law Reform Committees and similar bodies are legitimate aids to discovering the state of the pre-existing law and the mischief which the statute was passed to remedy. It is not, however, legitimate to interpret the words of an Act in accordance with the recommendations of a Committee which preceded its passing*» (WALKER, R. J. y WALKER, M. G., *The English Legal System*, London, 1967, 117); expresando también ciertas cautelas que han de adoptarse en relación con la consideración judicial de los documentos emanados de la *Law Commission*, pero confirmando en todo caso el valor de estos últimos como un elemento hermenéutico válido en sede jurisdiccional, se ha hecho notar asimismo lo siguiente: «*the use of such material is accepted by the courts but the degree to which it will be useful is perhaps more open to question since it may not reflect the proceedings in Parliament. That said the material will allow the provision to be placed into context and this could assist in its interpretation*» (GILLESPIE, A. A., *The English Legal System*, Oxford, 2013, 48); todo ello en cierto modo contrasta y puede ser en efecto considerado una excepción al criterio tradicionalmente imperante en este terreno, en cuya virtud los *travaux préparatoires* no han sido generalmente aceptados como una fuente válida de interpretación de las normas en el Derecho inglés (Cfr. JAMES, P. S., *Introduction to English Law*, London, 1989, 11-12), especialmente si se tiene en cuenta que los Informes de la *Law Commission*, pese a ser emitidos a instancias del Gobierno, son presentados ante el Parlamento.

[7] El contenido íntegro de la ley accesible en este enlace: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1965/22; ha de tenerse en cuenta asimismo lo preceptuado en la *Law Commission Act 2009*, promulgada con el propósito de promover una mayor repercusión general de las recomendaciones de la Comisión en la obra del legislador y en la que se contempla, asimismo, la elaboración de un protocolo de actuación de este órgano consultivo orientado a la misma finalidad. El texto de la ley accesible en http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/14. Ese protocolo fue acordado en marzo de 2010 con el objetivo de incrementar el número de proyectos de reforma legal emprendidos por la Comisión que finalmente son implementados por el Gobierno y, asimismo, con el fin de reducir los plazos y agilizar dicha efectiva implementación (*vid*. PARTINGTON, M., *Introduction to the English Legal System*, Oxford, 2012, 85).

[8] Como señala la sección 3(1) de esa ley, «*it shall be the duty of each of the Commissions to take and keep under review all the law with which they are respectively concerned with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of such law, the elimination of anomalies, the repeal of obsolete and unnecessary enactments, the reduction of the number of separate enactments and generally the simplification and modernisation of the law*».

[9] Cfr. KIRALFY, A. K. R., *The English Legal System*, London, 1990, 100.

[10] El conjunto de estas funciones es enumerado en la precitada sección 3(1): «*(a) to receive and consider any proposals for the reform of the law which may be made or referred to them; (b) to prepare and submit to the Minister from time to time programmes for the examination of different branches of the law with a view to reform, including recommendations as to the agency (whether the Commission or another body) by which any such examination should be carried out; (c) to undertake, pursuant to any such recommendations approved by the Minister, the examination of particular branches of the law and the formulation, by means of draft Bills or otherwise, of proposals for reform therein; (d) to prepare from time to time at the request of the Minister comprehensive programmes of consolidation and statute law revision, and to undertake the preparation of draft Bills pursuant to any such programme approved by the Minister; (e) to provide advice and information to government departments and other authorities or bodies concerned at the instance of the Government of the United Kingdom or the Scottish Administration with proposals for the reform or amendment of any branch of the law; (f) to obtain such information as to the legal systems of other countries as appears to the Commissioners likely to facilitate the performance of any of their functions*».

[11] Un mucho más extenso y pormenorizado estudio del sistema matrimonial inglés puede verse en POLO, J. R., Sistema matrimonial y concepto legal de confesión religiosa en el ordenamiento jurídico inglés, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXI (2015), también publicado en *Idem*, *Matrimonio, Derecho y factor religioso*, Madrid, 2016. En esta última obra, por lo demás, se recopilan asimismo otros trabajos en los que me he ocupado ampliamente del estudio del sistema matrimonial vigente tanto en Escocia como en la República de Irlanda, a los que por tanto me remito ahora para una más detallada exposición de algunas de las cuestiones que, incidentalmente y desde una óptica comparatista, van a ser aquí traídas a colación respecto de lo establecido en esos otros dos sistemas también de la órbita del *common law*.

[12] Cfr. VATTIER, C., La celebración del matrimonio en Inglaterra: Nota crítica, en *Anuario de Derecho Civil*, 36 (1983), 841-42.

[13] Cfr. BRADNEY, A., *Religions, Rights and Laws*, Leicester, 1993, 40.

[14] Cfr. SANDBERG, R., *Law and Religion*, Cambridge, 2011, 69.

[15] Cfr. EDGE, P. W., *Legal Responses to Religious Difference*, The Hague, 2002, 129.

[16] Cfr. McK. NORRIE, K., *Family Law*, Dundee, 2009, 45.

[17] Una excelente síntesis de la evolución histórica del sistema matrimonial inglés puede verse, por ejemplo, en CRETNEY, S., *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford, 2003, 3 y sigs.

[18] Adviértase que, hasta la promulgación de la *Marriage Act 1836*, que supuso el reconocimiento de otros matrimonios religiosos como fue el caso del matrimonio canónico y que asimismo dio entrada a la figura del matrimonio civil, los únicos matrimonios legalmente reconocidos eran aquellos que habían sido celebrados con arreglo a los ritos propios de la Iglesia de Inglaterra, así como también los matrimonios cuáqueros y los judíos.

[19] Cfr. CRETNEY, S., Family, en VVAA, *English Private Law, I*, Oxford, 2000, 61.

[20] Cfr. MOSTYN, F. E., *Marriage and the Law*, London, 1976, 19.

[21] En esta línea se ha postulado, por ejemplo, que la Iglesia de Inglaterra, a pesar de su estatus de religión oficial, actualmente recibe privilegios más bien escasos por parte del ordenamiento estatal especialmente en el ámbito económico en el que, por contraste con lo que acontece incluso en países formalmente aconfesionales, esa confesión no es receptora de financiación directa proveniente de los poderes públicos (Cfr. TRIGG, R., *Religion in Public Life: Must Faith Be Privatized?*, Oxford, 2007, 27); una posición distinta es la de aquellos otros autores que, sin negar que la confesionalidad retiene aún buena parte de sus rasgos tradicionalmente más característicos, consideran no obstante que esos efectos no son en absoluto negativos e incluso le atribuyen a aquella ciertos efectos beneficiosos para la garantía del pluralismo religioso (así por ejemplo, HILL, M., Church and State in the United Kingdom: Anachronism or Microcosm?, en S. Ferrari, S. y Cristofori, R., (*Eds.*), *Law and Religion in the 21st Century. Relations between States and Religious Communities*, Surrey, 2010).

[22] Cfr. KNIGHTS, S., *Freedom of Religion, Minorities, and the Law*, Oxford, 2007, 15-16; desde una perspectiva más general y no circunscrita al modelo inglés, un extenso análisis del modo en el que los diversos ordenamientos en los que rige el principio de confesionalidad estatal vulneran el valor de la igualdad en materia religiosa, en perjuicio de los individuos que profesan religiones minoritarias y se ven por ello claramente discriminados en diversos aspectos legales, puede verse por ejemplo en TEMPERMAN, J., *State-Religion Relationships and Human Rights Law. Towards a Right to Religiously Neutral Governance*, Leiden, 2010, 223 y sigs.

[23] Cfr. WELLER, P., Equity, Inclusivity and Participation in a Plural Society: Challenging the Establishment of the Church of England, en Edge, P. W. y Harvey, G., (*Eds.*), *Law and Religion in Contemporary Society. Communities, individualism and the State*, Aldershot, 2000, 60 y sigs.

[24] El texto de la ley accesible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents.

[25] Cfr. CRETNEY, S. M., MASSON, J. M. y BAILEY-HARRIS, R., *Principles of Family Law*, London, 2003, p. 27; más en concreto, según se ha señalado, esta posibilidad fue inicialmente introducida en el sistema matrimonial para dar satisfacción a las demandas en este campo tanto de los católicos como de los protestantes ajenos a la Iglesia de Inglaterra, estos últimos conocidos como *nonconformists* o *dissenters*, pero de ella se han beneficiado desde entonces otras distintas confesiones minoritarias (Cfr. HAMILTON, C., *Family, Law and Religion*, London, 1995, 44).

[26] El cauce establecido para la eventual certificación de un edificio como lugar de culto religioso está establecido en la *Places of Worship Registration Act 1855*, una ley esta que, dicho sea de paso, también como otra de las manifestaciones de la confesionalidad estatal exceptúa de su ámbito de aplicación a los lugares de culto propios de la Iglesia de Inglaterra (así lo dispone la sección 10, bajo la rúbrica *Nothing to affect churches, etc. of Established Church*). Más ampliamente, sobre el régimen jurídico y las principales consecuencias de ese trámite de la inscripción de los lugares de culto puede verse, por todos, RIVERS, J., *The Law of Organized Religions. Between Establishment and Secularism*, Oxford, 2010, 147 y sigs.

[27] Así lo establece la sección 41 (1) de la *Marriage Act 1949*.

[28] Es por ello precisamente por lo que A. Bradney, a partir de la premisa de que la concesión de los efectos civiles a los ritos religiosos de celebración marital representa un modo razonable de facilitar a los individuos la satisfacción de sus intereses y necesidades en materia religiosa, ha hecho notar con perspicacia que, en aquellos supuestos en los cuales dicha eficacia civil es reconocida mediante el arbitrio de un procedimiento que discrimina entre unas y otras religiones y les demanda el cumplimiento de requisitos diferentes en función de su mayor o menor presencia social, ello constituye más bien un ejemplo de ilegítima discriminación, precisamente tanto más injustificado cuanto que la función que legalmente desempeñan ese procedimiento y esos requisitos es de carácter fundamentalmente accesorio y se encuentra en lo esencial vinculada a la preservación de la seguridad jurídica, sin que en consecuencia quepa razonablemente postular que unos determinados ritos religiosos conyugales aportan mayor certeza que otros al acto de la prestación del mutuo consentimiento por el solo hecho de que sean o no sociológicamente mayoritarios (Cfr. BRADNEY, A., *Religions, Rights and Laws*, *op. cit.*, 42-43).

[29] Cfr. la sección 26 de la *Marriage Act 1949*.

[30] Ello se explicita en la sección 44 de la *Marriage Act 1949*. Algo muy parecido ocurre, por ejemplo, en el Derecho escocés, allí donde con carácter general la eficacia de las formas religiosas maritales se hace depender, entre otros aspectos, de que el Estado juzgue o no idónea la particular ceremonia de celebración empleada, siendo o no declarada esa idoneidad exclusivamente en función del cumplimiento de unos mínimos requisitos de certeza y seguridad jurídicas en la recíproca prestación del consentimiento matrimonial entre las partes, requisitos estos que son muy parecidos a los que se exigen en el sistema inglés [Así lo establece, en este caso, la sección 9(3) de la *Marriage (Scotland) Act 1977*].

[31] Cfr. JUSS, S., Church of England Marriages: Historical Particularity or Anomaly?, en *King's Law Journal*, 20 (2009), 167.

[32] Cfr. EEKELAAR, J., *Family Law and Personal Life*, Oxford, 2007, 162-63.

[33] Una exposición sintética de la repercusión que en general ha tenido esta ley en el Derecho de familia inglés puede verse en STANDLEY, K., *Family law*, Hampshire, 2008, 12-17.

[34] Cfr. *R (Baiai and others) v. The Secretary of State for the Home Department and others* [2006] EWHC 823; concretamente la norma fue declarada discriminatoria porque en ella se exigía la verificación ante las autoridades civiles de los requisitos previos al matrimonio (*civil preliminaries*) en todos los casos salvo en el del matrimonio anglicano, en consonancia con el dato de que en este último, dado su estatuto especial, esa verificación con carácter general es solo una posibilidad ya que también puede celebrarse el matrimonio habiéndose verificado ese trámite previo en sede eclesiástica (*Anglican preliminaries*), y de ahí que la sentencia antes citada haya sido considerada como un hito histórico trascendental, justo en la medida en la que, por vez primera y aunque sea en este supuesto específico ocasionado en el ámbito de la normativa de inmigración, el cumplimiento de esos requisitos preliminares civiles es una exigencia jurídica impuesta por el Estado y no solo una de las opciones disponibles en relación con el matrimonio anglicano (Cfr. BORTON, S., Marriage in the Church of England: The Immigration Act 2014 and Beyond?, en *Ecclesiastical Law Journal*, 17-3 (2015), 333-34).

[35] Cfr. HILL, M., SANDBERG, R. y DOE, N., *Religion and Law in the United Kingdom*, Alphen aan den Rijn, 2014, 197.

[36] Cfr. SUTHERLAND, E. E., *Child and Family Law*, Edinburgh, 2008, 963.

[37] Así por ejemplo, DUNCAN, W. R. y SCULLY, P. E., *Marriage Breakdown in Ireland. Law and Practice*, Dublin, 1990, 52.

[38] *Report of the Committee on the Constitution. December, 1967*, Stationery Office, Dublin, 45-46.

[39] Cfr. BURTON, F., *Family Law*, Abingdon, 2012, 22.

[40] Cfr. HAMILTON, C., *Family, Law and Religion*, *op. cit.*, 50-51.

[41] *Registration: Proposals for Change (1990) Cm 939*; en el Derecho inglés, en el contexto del proceso pre-legislativo el correspondiente Departamento ministerial producirá preliminarmente un documento inicial (*Green Paper*) con las pretensiones del Gobierno sobre la reforma de un área concreta del ordenamiento, al que le sucederá, tras el pertinente proceso de consultas con los sectores y organizaciones sociales interesados, la publicación de un Libro Blanco (*White Paper*) como el que se acaba de mencionar, conteniendo ya una más acabada y precisa exposición de los propósitos gubernamentales de reforma legal (Cfr. CHADWICK, A., *The English Legal System*, Brighton, 2006, 39).

[42] Cfr. BROMLEY, P. y LOWE, N. V., *Family Law*, London, 1992, 58.

[43] Cfr. *Civil Registration: Delivering Vital Change: A public consultation document about proposed changes to the legislation relating to the Civil Registration Service in England and Wales by means of a Regulatory Reform Order* (2003) (§ 3.7.31 a 3.7.38).

[44] La controversia giraba básicamente en torno a la sección 6(3) de esa ley que impone a las autoridades públicas (*public authorities*) la obligación de acomodar siempre su actuación al respeto de los derechos consagrados en el Convenio, lo que planteaba ciertas dudas en aquellos supuestos, como es el caso precisamente de aquellos en los que se verifica la intervención del ministro de culto en el matrimonio, en los que pudiera entenderse que esa persona actúa en una tal condición.

[45] Cfr. LOVELAND, I., *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights. A Critical Introduction*, Oxford, 2012, 652; en todo caso debe advertirse que el Gobierno no accedió a introducir directamente una excepción aplicable a las confesiones religiosas como la que reclamaban algunas posiciones extremas que aspiraban incluso a que estos grupos quedasen al margen de la aplicación de la ley, provenientes dichas posiciones tanto de la Iglesia de Inglaterra como de otras confesiones que igualmente presionaron en ese sentido, y terminó siendo introducida en la norma una sección 13 que pretendía ser tranquilizadora para todas ellas pero que, en la práctica, está llamada a tener poco o ningún efecto legal en

la orientación supuestamente pretendida (*Vid*. EDGE, P. W., *Religion and Law*, Aldershot, 2006, 66-67); en este sentido, M. Hill considera que puede discutirse si esa sección 13 es simplemente una declaración política de naturaleza simbólica diseñada para aplacar las pretensiones de los grupos religiosos o, en el mejor de los casos, se limita a reflejar e incorporar a la ley de 1998 la posición previamente adoptada sobre este tema por el ordenamiento inglés, pero al mismo tiempo nos advierte este autor de que, en la actualidad, el significado y los efectos de aquella disposición siguen sin estar nada claros (Cfr. HILL, M., *Ecclesiastical Law*, Oxford, 2011, 29).

[46] El contenido de la citada sección 14 es parcialmente este: «*(1) The Secretary of State must arrange for a review of— (a) whether an order under subsection (4) should be made permitting marriages according to the usages of belief organisations to be solemnized on the authority of certificates of a superintendent registrar, and (b) if so, what provision should be included in the order. (2) The arrangements made by the Secretary of State under subsection (1) must provide for the review to include a full public consultation.* […] *(7) In this section «belief organisation» means an organisation whose principal or sole purpose is the advancement of a system of non-religious beliefs which relate to morality or ethics*».

[47] Los documentos relacionados con esta consulta pública son accesibles en este enlace: https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/marriages-by-non-religious-belief-organisations.

[48] Cfr. LOWE, N. V. y DOUGLAS, G., *Bromley's Family Law*, Oxford, 2015, 56.

[49] El siguiente paso en este proceso, una vez finalizada esta fase de pre-consultas (*Pre-consultation*) en la que se inscribe el Informe será el de la realización, de común acuerdo en ello con el Gobierno, de una todavía más amplia consulta pública sobre el tema (*Consultation*) a partir de la elaboración de un nuevo documento (*consultation paper*), preparado a tal efecto conteniendo ya una serie de propuestas específicas ordenadas a la reforma de este sector del ordenamiento.

[50] La producción y amplia difusión de los correspondientes *working papers* en este estadio inicial del proceso de revisión ha sido precisamente destacada como uno de los rasgos más notables de la labor de la Comisión, subrayándose además, en el sentido apuntado, que en efecto su importancia radica en el amplio estudio crítico que en aquellos se realiza del sector jurídico examinado, incluyendo la consignación de las diferentes críticas de que ha sido objeto entre la comunidad jurídica y el planteamiento de sus posibles vías de reforma, y, asimismo, anticipando ya este órgano consultivo provisionalmente sus preferencias al respecto de esa hipotética reforma (Cfr. BAILEY, S. H. y GUNN, M. J., *Smith and Bailey on The Modern English Legal System*, London, 1991, 23).

[51] A dicho proceso se ha hecho ya sucinta referencia en la nota núm. 43.

[52] Un más extenso estudio de la reciente evolución de los sistemas matrimoniales vigentes en ambos países, con especial atención a la introducción en ellos de las figuras del matrimonio de creencia y del matrimonio secular, puede verse respectivamente en POLO, J. R., La eficacia civil del matrimonio religioso y el nuevo *matrimonio de creencia* en el ordenamiento jurídico de Escocia, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc. 1 (2015) y en *IDEM*, El matrimonio en forma religiosa y el matrimonio de los grupos ideológicos o filosóficos en el ordenamiento jurídico irlandés, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752 (2015). También publicados en *Idem*, *Matrimonio, Derecho y factor religioso*, *op. cit*.

[53] Este más detallado examen del sistema matrimonial inglés se realiza en el Capítulo 2 del Informe.

[54] De manera muy resumida y genérica pero también inequívoca y reveladora, las razones por las que esa reforma es considerada como muy necesaria son expresadas de este modo: «*If we test the current rules regulating how couples can marry against the criteria that the law should be fair, modern, simple and as cost-effective as possible, it is clear that they fail to meet those standards in a number of respects. The current law is of considerable antiquity and has become unduly complex. There is both a high level of uncertainty on key aspects of the law and a concern that the current requirements are overly restrictive. There are also indications that it does not operate as efficiently or fairly as it both could and should*» (§ 2.1).

[55] «*It should be noted that there is a view that issues touching on personal matters such as marriage should not be dealt with by the law at all but should be determined by the religious affiliation of the parties themselves. Given that the key problems that we have identified with the current law are those relating to complexity, uncertainty, and differences between different religious groups, we are strongly of the opinion that devolving responsibility to religious groups would only exacerbate the issue and would not result in either fairness or equality, let alone certainty and simplicity. While the ecclesiastical courts in this jurisdiction did once have the role of determining the validity of marriages, the state has long taken the view that it alone should be responsible for adjudicating upon such an important issue of status. Marriage still has significant legal consequences, and what makes a marriage should be clear and consistent*» *(§ 3.7).*

[56] Lógicamente, esos problemas están vinculados primordialmente con la función, no por accesoria menos importante, desempeñada por el instituto de la forma matrimonial en relación con la garantía de la certeza y la seguridad jurídica que ha de salvaguardarse en el momento de la celebración del matrimonio: «[…] *an earlier consensus between the couple as to what constituted a marriage might break down later if one party wished to repudiate the marriage. In the event of such disputes, the state would need to adjudicate on whether there had been a marriage at all, but the absence of any external criteria would make it extremely difficult to do so. Complete choice would therefore result in a lack of certainty for the parties as well as for the state*» (§ 3.10).

[57] Las otras dos opciones que explora dialécticamente la Comisión son, de un lado, la de la aprobación solo de una normativa que opere el reconocimiento de las formas conyugales propias de los llamados grupos ideológicos o filosóficos (*non-religious belief organizations*) (§ 3.14 a 3.23), y, de otro, el de la instauración de un rígido sistema de matrimonio civil obligatorio (*universal civil marriage*) en el que solo fuese válida la forma estrictamente civil (§ 3.24 a 3.31).

[58] Una sumaria y muy ilustrativa recopilación de todas estas cuestiones se encuentra sintéticamente formulada al final del Informe (§ 4.73 a 4.81).

[59] Cfr. CRETNEY, S. M., The Codification of Family Law, en *The Modern Law Review*, 44-1 (1981), 8.

[60] Cfr. KENNETT, W., The Place of Worship in Solemnization of Marriage, en *Journal of Law and Religion*, 30-2 (2015), 284.

(Trabajo recibido el 26-4-2017 y aceptado para su publicación el 9-5-2017)

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 16-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Elche, número 3

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. AGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA 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 representación gráfica, 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 9 de la LH en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria, afectando por tanto a la finca resultante una agregación como se plantea en el presente expediente. La novedad esencial que introduce la reforma en esta materia estriba en que conforme al nuevo artículo 9 de la LH, la inscripción habrá de contener, necesa-

riamente, 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». En cuanto al ámbito temporal de aplicación de la nueva norma, las citadas Resoluciones concluyen que es aplicable a todo documento, cualquiera que sea la fecha de su otorgamiento, y que se presente a inscripción a partir del 1 de noviembre de 2015. La falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b, párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento o del previsto en el artículo 201 para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

La posibilidad de aportar una representación gráfica alternativa se contempla en los artículos 9 y 10 de la LH. El propio artículo 10 de la LH previó la regulación mediante Resolución Conjunta de la DGRN y de la Dirección General del Catastro, entre otras cuestiones, los requisitos que deben cumplir la descripción técnica y la representación gráfica alternativa que se aporte al Registro de la Propiedad en los supuestos legalmente previstos. Ello se llevó a efecto en el apartado séptimo de la Resolución Conjunta de esta Dirección General y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de octubre de 2015, publicada por Resolución de la Subsecretaría de Justicia de 29 de octubre de 2015. De este precepto resultan unos requisitos pormenorizados: deberá contenerse en el fichero informático, en formato GML, previsto en el Anexo de la Resolución, cuyos datos deberán corresponderse con los datos descriptivos y de superficie de la parcela o parcelas resultantes cuya inscripción se solicita. El citado fichero habrá de estar firmado electrónicamente, en su caso, por el técnico que haya intervenido en su elaboración, y autenticado con firma electrónica o por otros medios fehacientes por el propietario. El plano topográfico incorporado a la escritura no reúne los requisitos técnicos expuestos, por lo que la calificación debe ser confirmada.

La Registradora en su nota indica acertadamente la necesidad de aportar bien la representación gráfica catastral o bien alternativa que cumpla los requisitos antes expuestos. Esto que no debe ser entendido, como hace el recurrente, en el sentido de que se exija necesariamente la representación catastral, sino que una de las posibles vías de subsanar el defecto es lograr la previa rectificación catastral correspondiente que incluya las alteraciones que deriven de representación gráfica alternativa aportada, de modo que pudiera acceder ya al Registro como representación gráfica catastral, con las ventajas que ello conlleva en cuanto a los efectos de la inscripción.

Resolución de 16-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 8

SEGREGACIONES Y DIVISIONES: LICENCIA EN LOS CASOS DE DOCUMENTOS JUDICIALES. SEGREGACIONES Y DIVISIONES: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD. SENTENCIA DICTADA EN JUICIO DECLARATIVO: REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO. *USUCAPIO CONTRA TABULAS:* TÍTULO INSCRIBIBLE.

Tratándose de un proceso instado ante la jurisdicción civil en procedimiento declarativo de dominio, debe afirmarse que, para la práctica de inscripciones de Sentencias civiles en las que se exige una previa segregación de una finca registral, debe aportarse el correspondiente título administrativo habilitante. 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, lo determina con carácter general y sin excepción.

La indivisibilidad de la finca, que como se ha motivado puede derivarse de norma urbanística, ha de ser apreciada por el Juez que conozca del proceso declarativo, sin que quepa valorar aquí si la declaración municipal ha de ser uno de los documentos que han de acompañar a la demanda, pues el dictamen de perito aportado por la parte no permite en ningún caso estimar cumplida la legalidad urbanística, como ha señalado el TS en Sentencia de 12 de septiembre de 2013, y sin que competa al Registrador ni a esta Dirección General cuestionar la decisión judicial sobre el fondo del asunto o los hechos considerados probados, por ejemplo, la antigüedad de la parcelación —cfr. Sentencia de 500/2012, de 12 de diciembre, de la AP de Santa Cruz de Tenerife—, pero de forma acorde con la naturaleza del procedimiento en que se dicta — artículo 100 del RH—. No puede desconocerse por ello la propia naturaleza del proceso civil, de marcado carácter rogado y determinado por el contenido de la demanda. En concreto, la Sentencia de la Sala Primera del TS de 29 de marzo de 2010, es clara al afirmar: «… es indiscutible, de un lado, que los proyectos de división propuestos por el demandado-recurrente exigían una agrupación registral y posterior segregación de resultado incierto, al precisar en cualquier caso de las correspondientes autorizaciones administrativas urbanísticas, (…), y por ende, no garantizando la decisión judicial, por sí sola, la efectividad de la división proyectada (…)».

Ahora bien, 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 2016, de una Sentencia judicial, en la 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 no exigía licencia para las segregaciones o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales. Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el Registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento.

Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales,

impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los Registradores de la Propiedad, la obligación de cumplir las Resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el Registrador tiene, sobre tales Resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la Resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la Sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española y su corolario registral del artículo 20 de la LH. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (apoyada como ha quedado acreditado en la de nuestro TS), que el Registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del RH permite al Registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial, o si el asiento de anotación preventiva que se pretende prorrogar ya está caducado (cfr. Resolución de 17 de septiembre de 2014).

No habiendo tenido acceso al Registro las sucesivas transmisiones, lo procedente sería una reanudación del tracto interrumpido que se produciría determinando quienes sean los dueños de la parcela y su correspondencia con una concreta finca registral a admisibilidad del juicio declarativo para obtener la reanudación del tracto, además de poder seguir fundamentándose en lo argumentado anteriormente, pues en nada ha cambiado el artículo 40 de la LH, también resulta de la dicción del citado nuevo artículo 208 en su regla cuarta, al establecer que «si alguno de los citados no compareciese o, compareciendo, formulase oposición, el Notario dará por conclusas las actuaciones, dejando constancia de dicho extremo en el acta que ponga fin al expediente con expresión de la causa en que se funde. En ese caso, el promotor podrá entablar demanda en juicio declarativo contra todos los que no hubieran comparecido o se hubieran opuesto, ante el Juez de Primera Instancia correspondiente al lugar en que radique la finca». Por lo que, a tenor de la doctrina expuesta, en el presente supuesto, no cabe entender correctamente entablada la relación jurídico procesal para justificar la reanudación del tracto sucesivo registral. En primer lugar, no aparece como demandado en el procedimiento don F. G. M., causante de la adquisición inmediata de los demandantes, únicamente consta la existencia de un acta de manifestaciones, valorada como prueba por el Juez del proceso. En segundo lugar, no aparecen demandados todos y cada uno de los titulares registrales de las cuotas indivisas de la finca matriz, sin que pueda considerarse suficiente la intervención de la Comunidad de propietarios, aunque esta entidad sin personalidad jurídica aparezca como vendedora en el documento privado de compraventa de 1975, representada por tres personas físicas que ostentan su representación según mera manifestación en el citado documento. Debe partirse de la falta de personalidad de la Comunidad y la limitada legitimación de sus órganos, particularmente cuando se afectan a intereses privados de los copropietarios y se trata de cuestiones de propiedad.

Cabría plantear asimismo la procedencia del expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo, aunque fuera inadmitido inicialmente por el juzgado, conforme a la nueva regulación del mismo que hace el actual artículo 208 de la LH. En el presente supuesto puede estimarse la concurrencia de tal dificultad extraordinaria, en la formalización del contrato de compraventa de 1975, entre la Comunidad de propietarios, como tal, y don F. G. M., siempre que así quede justificado en el expediente que en su caso se plantee.

La Sentencia declarativa de dominio por usucapión contra el titular registral será inscribible en el Registro de acuerdo con las normas generales, como se desprende del párrafo tercero del artículo 36 de la LH al establecer que «en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil». Debe recordarse en este punto, por otra parte, que el Pleno de la Sala Primera del TS en su Sentencia de 21 de enero de 2014 por la que fija doctrina en relación con la usucapión «contra tabulas», declara que en esta materia rige lo dispuesto en el artículo 36 de la LH frente a lo establecido en el artículo 1949 del Código Civil, ya que este último ha de considerarse derogado. En el presente caso la Sentencia se limita a declarar como causa de la adquisición el contrato de compraventa privado, por lo que si efectivamente la declaración de dominio se realiza por razón de usucapión contra el titular registral, debe expresarse así, por cuanto del artículo 609 del Código Civil se infiere que no es posible la adquisición de la propiedad por dos títulos diferentes y los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento, disponen que los títulos sujetos a producir asientos en el Registro deberán expresar, entre otras circunstancias, el título por el que se adquiere, determinando así la naturaleza de la adquisición —Resolución de 28 de abril de 2016.

Resolución de 17-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Cuenca

RECURSO GUBERNATIVO: A EFECTOS DOCTRINALES. OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

Esta Dirección General (Resolución de 11 de enero de 2016) ha afirmado que 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.

Por tanto, en línea con dicha doctrina, se debe proceder a resolver el presente recurso.

Respecto del llamado Libro del Edificio, su depósito es exigido en las obras nuevas terminadas que se formalizan al amparo del artículo 20.1 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, pero no a las que se formalizan al amparo de su apartado cuarto en el caso de construcciones, 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.

Como ha quedado dicho, el artículo 202 de la LH en su párrafo tercero señala, tras la reforma de la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que «salvo

que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». Debemos referirnos a la legislación autonómica para concretar la exigencia de aportar el Libro del Edificio en los casos de declaraciones de obras nuevas terminadas consistentes en naves industriales. Tal cuestión queda regulada en el D. 81/2007, de 19 de junio, por el que se regula el Libro del Edificio para edificios destinados a vivienda en Castilla-La Mancha, y concretamente en su artículo 2 al establecer que «este Decreto será de aplicación en todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para los edificios cuyo uso principal sea el de residencial vivienda, tanto de nueva construcción como para los resultantes de un proceso de rehabilitación integral, cualquiera que sea su tipología edificatoria y régimen de propiedad o tenencia». En igual sentido se pronuncia la disposición final segunda al disponer que «será obligatoria la aplicación del Decreto en todos aquellos edificios de viviendas de nueva construcción y para los resultantes de un proceso de rehabilitación integral cuya licencia de edificación se solicite a partir de la entrada en vigor del mismo». Por tanto, debe concluirse que la legislación autonómica aplicable limita la exigencia de tal depósito a las edificaciones cuyo uso principal sea residencial vivienda, sin poder extender tal requisito a las obras consistentes en naves industriales por aplicación del artículo 202 de la LH anteriormente visto.

Resolución de 18-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: LIBRO DEL EDIFICIO.

La reforma de la LH por la Ley 13/2015, de 24 de junio, modifica el artículo 202 y en su párrafo tercero señala que «salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el Libro del Edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca». Como ha afirmado esta Dirección General (Resoluciones de 8 de septiembre y 26 de octubre de 2016), en base a este precepto se añade un requisito a efectos de inscripción para las declaraciones de obra nueva terminada, esto es, la necesidad de aportar para su archivo el Libro del Edificio. Y se exige a todo tipo de edificación sean viviendas o industriales (art. 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación). Requisito que viene confirmado por el artículo 9.a) de la LH al señalar que: «A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes: a) (…) y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del Libro del Edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible».

Con todo, debe insistirse en la doctrina asumida por esta Dirección General basada en la diferenciación entre normas de naturaleza registral, reguladoras netamente de requisitos de inscripción, y cuya competencia estatal no se discute, y normas de carácter material o sustantivo, donde pueden tener aplicación preferente las normas autonómicas, dictadas en ejercicio de sus competencias exclusivas y cuyo régimen propio deberá ser respetado también a efectos de inscripción. Es lo que ocurre en el caso particular del Libro del Edificio, elevado a requisito exigible a efectos de inscripción de la declaración

de obra nueva, pero que deberá matizarse con la normativa propia de cada Autonomía, en su caso, en ejercicio de sus competencias en materia de vivienda. En este sentido, el depósito del Libro del Edificio será exigible, salvo que la normativa autonómica exima de depósito, circunstancia que no resulta de la normativa aragonesa.

En cuanto a la excepción alegada por el recurrente, la letra a) del apartado 2 del artículo 2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, exceptúa del ámbito de aplicación de la Ley «aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta». De este precepto se deducen tres requisitos que han de concurrir cumulativamente para excepcionar la aplicación de la Ley: a) que se trate de construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica; b) que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público, y c) que se desarrollen en una sola planta. Si bien los mencionados en segundo y tercer lugar son circunstancias objetivas que pueden ser apreciadas por el Registrador según las circunstancias expresadas en la documentación presentada a inscripción, no ocurre lo mismo con la primera de ellas ya que la «escasa entidad constructiva y sencillez técnica» implica un juicio de valor de carácter técnico. Por todas las consideraciones anteriores, el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 18-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Torrijos

SENTENCIA EN JUICIO DECLARATIVO: REBELDÍA DEL DEMANDADO.

La cuestión a que se refiere este expediente ha sido objeto de un dilatado tratamiento por parte de esta Dirección General. Dictada la Sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia Resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «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». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la Resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en el «Vistos») según la cual, cuando una Sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde. No cabe pues la inscripción, como alega el recurrente, ni siquiera haciendo constar la posibilidad de rescisión. En definitiva, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), solo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria. Todas estas circunstancias son esenciales para la calificación del Registrador, puesto que según el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras quepa la acción de rescisión, la Sentencia dictada no es inscribible sino solamente susceptible de anotación preventiva. Por tales motivos el citado defecto debe confirmarse.

Resolución de 19-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de La Carolina

CONTADOR PARTIDOR: FACULTADES DE RECTIFICACIÓN DE LA PARTICIÓN. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: NO PRODUCE EFECTO RESPECTO DE LAS TITULARIDADES SUJETAS A CONDICIÓN SUSPENSIVA.

Lo que se dirime es si una vez la escritura de partición otorgada por los contadores-partidores ya ha tenido acceso al Registro, pueden estos llevar a cabo dichas operaciones sin el concurso de los herederos a los que se atribuyeron las fincas y que, aun cuando no han aceptado la herencia, aparecen como titulares registrales de un derecho expectante sobre las fincas que les hubiesen sido atribuidas. La posibilidad de inscribir derechos sujetos a condición suspensiva está fuera de toda duda. Dice el artículo 23 de la LH que «el cumplimiento de las condiciones suspensivas (…) de los actos o contratos se harán constar en el Registro por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho (…)». En el mismo sentido el artículo 51.6.a del RH.

En consonancia con dicha tesis, la Resolución de 19 de septiembre de 2002 reiterada por otras posteriores, sostiene que no constando la aceptación de los herederos puede «practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero se pueda cancelar la inscripción reviviendo la titularidad del causante». En el presente recurso, la titularidad condicionada ya ha tenido acceso al Registro. Centrados en este expediente, no se han producido las aceptaciones de los herederos. Así pues, sentado que antes de la constancia en el Registro de la aceptación de la herencia, es posible esta rectificación de las descripciones por parte de los contadores-partidores, y no habiéndose producido tal aceptación que cancela la condición suspensiva, debe estimarse el recurso interpuesto. Otra cosa hubiera sido que la aceptación de la herencia por cualquiera de los herederos hubiese accedido al Registro, en cuyo caso, no estaría la partición pendiente de la condición suspensiva y los principios hipotecarios de legitimación y tracto sucesivo producirían todos sus efectos y no cabría la rectificación sino con el consentimiento de los titulares registrales, esto es con el de aquel de los herederos que hubiere aceptado y tuviese constancia su aceptación en el Registro.

Resolución de 19-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Linares

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Como cuestión previa debe tenerse en cuenta que el presente recurso versa únicamente sobre la segunda de las calificaciones emitidas por la Registradora (*vid.* art. 326 de la LH), por lo que debe atenderse a las circunstancias concurrentes al tiempo de la segunda presentación en el Registro del título cuya calificación negativa es ahora recurrida, circunstancias que son notablemente distintas de aquellas existentes al tiempo de la presentación del mandamiento por primera vez.

En primer lugar, la posibilidad de formalizar préstamos o créditos hipotecarios durante la fase de convenio, tal y como ocurre en el presente supuesto, queda fuera de toda duda. En efecto, respecto de los bienes que no se incluyan en el convenio (e incluso respecto de estos, en la forma y medida que determine aquel), el deudor recupera la totalidad de las facultades dispositivas. Esta Dirección General, en su Resolución de 4 de abril de 2016, ha expresado lo siguiente: «(…) Por todo lo analizado, se produce una radical mutación de los efectos de la declaración de concurso una vez aprobado el convenio con los acreedores, de tal manera que la paralización y suspensión de acciones y ejecuciones singulares prevista en el artículo 55 de la Ley Concursal solo despliega sus efectos, durante la fase de declaración de concurso, quedando las mismas superadas por la aprobación firme del convenio entre deudor y acreedores, sin perjuicio, eso sí, de las previsiones o medidas adoptadas en el mismo que pudieran tener naturaleza patrimonial más allá de una mera quita o espera. Por ello, una vez aprobado el convenio debemos atenernos a las limitaciones en él impuestas.

En este expediente concurre la circunstancia de que, al tiempo de la presentación en el Registro (por segunda vez) del mandamiento judicial sobre la expedición de la certificación de dominio y cargas, ya había sido declarada la apertura de la fase de liquidación del concurso. Como se apuntaba al principio, se debe resolver ahora una situación no prevista por el legislador, a saber, la de un proceso de ejecución hipotecaria que se inició habiendo sido aprobado el convenio por Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, donde por haber cesado los efectos del concurso de conformidad con el artículo 133 de la Ley Concursal, la competencia para la tramitación correspondería al juzgado ordinario, pero que, antes de solicitar la expedición de la certificación de título y cargas al Registro de la Propiedad, se ha declarado la apertura de la fase de liquidación por incumplimiento del convenio. Además el crédito garantizado con la hipoteca no es un crédito concursal, sino contra la masa por lo que no se ve afectado por el contenido del convenio, que es de fecha anterior. La solución a este supuesto, ciertamente compleja, puede equipararse al situación de un proceso hipotecario iniciado contra quien no estaba en concurso pero que después pasa a estar declarado en esta situación, que consiste en la suspensión contemplada en el artículo 56.2 de la Ley Concursal. Y se alzará la suspensión desde el instante que conste en autos testimonio de la resolución del Juez del concurso por la que se declare el carácter no necesario del bien, en cuyo caso la ejecución continuará hasta su conclusión sin que se vea afectada por las vicisitudes propias del concurso (art. 57.2 de la Ley Concursal). Se ha entendido que es posible que el plan de liquidación declare la innecesaridad de determinados bienes cuya ejecución hipotecaria extra concursal haya quedado suspendida como consecuencia de la declaración de concurso a los efectos de que el acreedor pueda continuar la ejecución ante el órgano inicial, pues no se ve ventaja alguna en este caso de tener que remitir lo actuado al Juez concursal para que continúe la ejecución.

Resolución de 20-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Elche, número 4

DERECHO DE TRANSMISIÓN: SU RELACIÓN CON LA SUSTITUCIÓN VULGAR EN LA HERENCIA DEL TRANSMITENTE. HERENCIA: RENUNCIA TRASLATIVA.

Centrados en el supuesto de este expediente, se otorga por don J. A. A. S. lo siguiente: «renuncia de manera expresa e irrevocable a todos cuantos derechos se

deriven y correspondan en la herencia causada por el fallecimiento de don J. S. M. y doña F. J. B., y a favor de doña M., doña E., doña C., y don J. J. S. J., por partes iguales (hermanos de su esposa doña M. D. S. J.)». En consecuencia, se deduce claramente que don J. A. A. S. ha aceptado la herencia de su esposa, doña M. D. S. J., y en ejercicio de su derecho a aceptar o repudiar la herencia de doña F. J. B., a la que estaba llamada aquella, otorga renuncia «a favor de doña M., doña E., doña C., y don J. J. S. J., por partes iguales (hermanos de su esposa doña M. D. S. J.)». Si don J. A. A. S. hubiera renunciado a la herencia de doña M. D. S. J., entonces sí habría entrado en juego la sustitución en favor de don R. A. S. y a este correspondería decidir sobre la renuncia o aceptación de la herencia de doña F. J. B.

El marco interpretativo del artículo 1000 debe realizarse en atención al artículo 990 del Código Civil, en donde, a «sensu contrario», y a diferencia de la repudiación en sentido estricto, que es siempre pura o neutra, se infiere la admisión de la renuncia traslativa, como aceptación de la herencia, en beneficio ya de coherederos, o bien de extraños (terceros u otros llamados). Junto a este precepto también debe tenerse en cuenta el artículo 999 del Código Civil, referido a las formas que puede presentar la aceptación pura de la herencia, ya expresa o tácita, pues a diferencia de lo en él dispuesto, que en última instancia permite que la labor interpretativa alcance subjetivamente a la propia declaración de voluntad o actos que presuman dicha aceptación, el artículo 1000 debe interpretarse objetivamente en el ámbito de la tipificación contemplada, de suerte que contrastado el hecho de referencia, en nuestro caso, venta, donación o cesión del derecho, queda determinada implícitamente la aceptación de la herencia. Cuando la renuncia se realiza en favor de todos los coherederos indistintamente y de forma gratuita, que el inciso final del artículo 1000.3 recoge: «pero, si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos a cuyo favor se haga son aquellos a quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia». Hay que precisar que la finalidad del legislador no fue la de impedir que entrasen los coherederos en la sucesión de los bienes por la vía de la renuncia a favor de ellos, sino que no se entendiese esa como una aceptación tácita de la misma. De los términos literales de la cláusula de renuncia, aun entendiendo que estuviéramos ante una renuncia traslativa, la voluntad del renunciante se deduce con una expresión cristalina de quienes son los destinatarios: «renuncia de manera expresa e irrevocable a todos cuantos derechos se deriven y correspondan en la herencia causada por el fallecimiento de don J. S. M. y doña F. J. B., y a favor de doña M., doña E., doña C., y don J. J. S. J., por partes iguales (hermanos de su esposa doña M. D. S. J.)». En absoluto deja la herencia desierta y por el contrario determina su destino, nombrando con claridad los beneficiarios de la misma. Pero es que además, de haberse renunciado de forma pura y simple, el resultado es el mismo, esto es que esos mismos nombrados por el renunciante, serían los destinatarios legales.

Resolución de 23-1-2017
(*BOE* 10-2-2017)
Registro de la Propiedad de Sevilla, número 12

CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

En primer lugar y en cuanto a la afirmación del recurrente sobre la firmeza de la calificación negativa, como ha reiterado asimismo esta Dirección General,

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.

Siendo pues finalmente la calificación positiva y practicada en consecuencia la inscripción, es continua doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, Sentencia de 22 de mayo de 2000, que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de Registradores de la Propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales, artículo 66 de la LH. De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud.

Resolución de 23-1-2017
(*BOE* 10-2-2017)
Registro de la Propiedad de San Roque

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Lo que constituye el objeto del recurso es la calificación negativa, no la calificación positiva. No procede, por tanto, manifestarse en sede de recurso sobre la forma de practicarse un asiento registral, debiendo limitarse el contenido del mismo a la calificación en sí misma, sin poder extenderse a los asientos registrales procedentes el acceso registral del negocio jurídico titulado (art. 326.1.º de la LH). Habiendo rectificado el Registrador su calificación en el trámite de reforma previsto en la LH queda el recurso sin objeto. Solo cabría su continuación, a los efectos del artículo 325 de la LH, párrafo último, si hubiera habido subsanación de los defectos indicados por el Registrador, pero no cuando sin subsanación alguna, el Registrador rectifica tempestivamente su calificación.

Resolución de 23-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Lepe

RECURSO GUBERNATIVO: ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL RECURRENTE.

Procedimiento de ejecución hipotecaria: demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor. Respecto a la alegación de que el recurrente no acredita la representación en virtud de la cual actúa, es cierto que el artículo 325.a) de la LH exige que si el recurrente no es una de las personas legitimadas para impugnar la calificación registral ni ostenta notoriamente su representación, debe acreditar esta de forma auténtica. No obstante lo cual, debe destacarse que es criterio de esta Dirección General que no es necesario aportar escritura pública, basta con

un escrito del representado cuya firma esté legitimada notarialmente o ante el Registrador y que la exigencia impuesta por el artículo 325.a) no puede ser aplicada con extremo rigor no siendo preciso que el apoderado que interpone el recurso tenga facultades expresas para ello, si de los términos del poder se desprende que la voluntad del poderdante ha sido concederle tal facultad (Resoluciones de 9 de septiembre de 2013, 31 de julio de 2014 y 19 de enero de 2015).

Hay que partir, en primer lugar, del artículo 132.1.º de la LH, 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 TC núm. 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 24-1-2017
(*BOE* 7-2-2017)
Registro de la Propiedad de Iznalloz

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Constituye el único objeto de este expediente decidir si procede la inmatriculación de una finca de conformidad con lo dispuesto en el artículo 205 de la LH habiendo manifestado la Registradora que tiene dudas de coincidencia de dicha finca con otra que se encuentra inscrita. 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 (Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras).

En el presente caso, la Registradora, en su nota de calificación, transcrita más arriba, expresa con todo detalle los motivos por los que tiene indicios fundados de que la finca que se pretende inmatricular coincide con otra previamente inmatriculada. Dichos motivos no quedan desvirtuados por las alegaciones del recurrente, ya que no resulta legalmente exigible para la existencia de tales dudas que las fincas queden localizadas física o catastralmente como pretende el recurrente. Sin perjuicio de la conveniencia de que se lograse tal localización, tratándose en este caso de fincas que han accedido al Registro conforme a la normativa anterior que no la exigía en todo caso, las dudas de la Registradora están debidamente manifestadas, identificando la concreta finca y titular que pudiera verse afectado por la operación que pretende acceder.

Relacionado con dicho defecto, cabe plantearse aquí como ya se hizo en la Resolución de 5 de mayo de 2016, si en casos como el presente, continúa o no siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del RH. Tras la nítida desjudicialización de tales procedimientos, como se proclama en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015 y se materializa en su articulado, ya no se mantiene la posibilidad de tramitación de tales expedientes en sede judicial, ni la posibilidad de resolverlos mediante simple auto. Y tal supresión afecta tanto a la anterior potencialidad de ordenar la inmatriculación de fincas por vía del expediente de dominio del anterior artículo 201, como a la de resolver las dudas registrales fundadas cuando se hubiera utilizado la vía de los anteriores artículos 205 o 206 de la LH. Ya no cabe, en modo alguno, la aplicación de lo dispuesto en los artículos 300 y 306 del RH, pues, como ya señaló la citada Resolución de 17 de noviembre de 2015, «deben entenderse tácitamente derogados todos los artículos del Título VI del RH, los cuales fueron dictados en ejecución del anterior Título VI de la LH, 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.

Resolución de 24-1-2017
(*BOE* 10-2-2017)
Registro de la Propiedad de Vigo, número 3

DERECHO CIVIL GALLEGO: LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO ACTO PREVIO A LA PARTICIÓN DE HERENCIA.

La cuestión que se debate es si cabe la adjudicación en la partición hecha en el testamento, y completada por el contador-partidor, de un bien de carácter ganancial sin la previa liquidación de la sociedad conyugal. En definitiva, si dicha liquidación es una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, suponiendo dicha liquidación, como regla general que ha manifestado este Centro Directivo («Vistos»), la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge sobreviviente en su caso, o de los herederos del fallecido. La regla general es que solo después de tal liquidación es posible proceder a determinar el caudal hereditario partible y hacer inventario de los bienes del cónyuge fallecido.

Resulta del conjunto de la regulación gallega en materia sucesoria la voluntad legislativa de evitar situaciones de bloqueo derivadas de la no concurrencia de algún heredero o legitimario a la partición, lo que se traduce en la inclusión y

desarrollo de figuras como la partición de los herederos por mayoría, auténtica excepción al carácter unánime de la partición, aunque esté sometida a controles no judiciales, y, en la misma línea, el refuerzo de la eficacia de los actos particionales realizados por los testadores, especialmente si son cónyuges. Todo ello no significa, sin embargo, que en todo caso y supuesto permita la legislación gallega prescindir de la previa liquidación de gananciales para la eficacia de la partición. Además y a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que sería la fecha de la apertura de la sucesión la que determinaría la naturaleza de la legítima, y no la de la práctica de la partición, como ha reconocido el TSJ de Galicia (Sentencia de 30 de noviembre de 2011), lo que en el caso nos remitiría a la legítima «pars bonorum» del Código Civil, si se tiene en cuenta la fecha de fallecimiento del causante de cuyo heredero se ha prescindido en la liquidación de gananciales (año 1993).

En el artículo 1380 del Código Civil se recoge que la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento. En parecidos términos se regula en el Código Civil de Galicia, que además desarrolla más detalladamente los distintos supuestos. En definitiva, distingue la ley entre la disposición de un bien ganancial y la de los derechos que ostente el testador sobre un bien ganancial, de manera que en ambas, remite al valor de la totalidad o de la mitad de la cosa dispuesta en herencia, legado o adjudicación. Pudiendo concretarse en la primera a la totalidad si se adjudica en la liquidación de los gananciales a la herencia; y en la segunda, pudiendo concretarse en la mitad indivisa si el cónyuge supérstite lo consiente.

Si el contador-partidor comisario que interviene en la protocolización de escritura de protocolización hubiera sido designado para tal cargo por ambos causantes podría admitirse la no necesidad de previa liquidación de gananciales, como un acto formal previo de las adjudicaciones hereditarias (así, artículo 293 de la Ley de Derecho civil de Galicia y Resolución de 20 de julio de 2007). También podría ser cuestionable la necesidad de una previa liquidación de gananciales cuando conjuntamente se parten las herencias de dos cónyuges, interviniendo en el acto los causahabientes de todos ellos, y, sobre todo si todos los bienes tienen naturaleza ganancial (Resoluciones de 1 de octubre y 19 de noviembre de 2007). Pero, y sin prejuzgar ahora las cuestiones apuntadas, lo cierto es que en el caso se pretende dar eficacia definitiva a una liquidación de gananciales sin intervención de todos los interesados o partícipes en la misma. La necesidad de la previa liquidación de gananciales para la eficacia de los actos particionales, al menos como regla general, ha sido afirmada tanto por nuestro TS, en el ámbito del derecho común, como por el TSJ de Galicia, en el ámbito del derecho civil gallego.

Entre las facultades que expresamente se atribuyen al contador-partidor designado en la partición por mayoría realizada conforme a los artículos 295 y siguientes de la Ley de Derecho civil de Galicia se encuentra la de realizar la liquidación de gananciales, como acto previo complementario y necesario para la partición (arts. 302 y 305 de la Ley de Derecho civil de Galicia). Desde esa perspectiva, quizás hubiera sido admisible que el contador-partidor designado por la vía de la partición por mayoría del derecho gallego en relación con la herencia del primer cónyuge fallecido, en unión del contador-partidor testamentario designado por la esposa fallecida en último lugar (art. 293 de la Ley de Derecho civil de Galicia), hubieran podido formalizar la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta tras el fallecimiento de ambos cónyuges.

Resolución de 24-1-2017
(*BOE* 10-2-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 2

PROPIEDAD HORIZONTAL: DESAFECTACIÓN DE ELEMENTO COMÚN.

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se formaliza la desafectación de un elemento común —pasillo— y compraventa del mismo a favor del propietario del piso tercero derecha en cumplimiento de dos Sentencias. Se acompaña otra escritura autorizada el mismo día, ante el mismo Notario y con número de protocolo siguiente en el que dicho propietario procede a agrupar su vivienda junto con el pasillo, dos buhardillas y trastero formando una única propiedad privada asignado una cuota de participación del 15,30% en cumplimiento de las mencionas Sentencias. En la escritura de desafectación y compraventa comparece el presidente de la comunidad de propietarios, ejecutando acuerdos de la misma. Ciertamente, como señala la Registradora, no podría practicarse la inscripción de la escritura de desafectación del elemento común y venta, si de manera inmediata y sin interrupción temporal, no se practicara simultáneamente la inscripción de la agrupación con la vivienda. Pero lo cierto es que esto puede llevarse a cabo ya que ambas escrituras se han otorgado simultáneamente, el mismo día, ante el mismo Notario y con números sucesivos de protocolo y se han presentado conjuntamente en el Registro de la Propiedad, sin que sea preciso, como afirma la Registradora, que dichas operaciones se practiquen todas ellas en el mismo instrumento público y bajo unidad de acto.

Resolución de 25-1-2017
(*BOE* 14-2-2017)
Registro de la Propiedad de Toledo, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO ANTERIOR A LA LEY 13/2015: REQUISITOS.

Conforme a la Disposición Transitoria de la Ley 13/2015, en el presente caso, deberá atenderse a la redacción de la LH anterior a la entrada en vigor de la mencionada Ley.

En cuanto al primer defecto, se ha entendido reiteradamente, por este Centro Directivo, que las dudas del Registrador en lo relativo a la identificación de la finca no pueden impedir, en vía de principios, la inscripción en los supuestos de expediente de dominio pues, en este caso, el juicio corresponde exclusivamente al juez, por ser este quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías. No obstante, ello será así, se ha dicho también, salvo que, en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el Registrador no tenga ya dudas, sino la certeza de que el exceso no corresponde a la finca ya inscrita, pues en estos casos, frente al limitado alcance de la calificación de los documentos judiciales, debe primar la superior exigencia institucional de evitar tales indeseables situaciones (cfr. Resolución de 25 de noviembre de 2013). Si estas dudas no se han expresado por el Registrador al expedir la certificación, no puede pretender plantearlas al presentarse a inscripción el auto judicial aprobatorio del expediente de dominio (cfr. Resolución de 4 de febrero de 2012), salvo que en tal momento, y con carácter de excepción a la citada regla general, el Registrador

tenga no ya dudas, sino la certeza de que la finca que se pretende inmatricular ya está inmatriculada, o de que el supuesto exceso de cabida de la finca inscrita encubre la pretensión de aplicar el folio de esta última a una realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, en cuyo caso debe primar la exigencia institucional de evitar tales situaciones.

En cuanto al segundo defecto, relativo a la falta de coincidencia de la descripción de la finca en el título con la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica, es uniforme la doctrina de este Centro Directivo al considerar que no cabe discutir sobre la necesidad de aportar certificación catastral descriptiva y gráfica en términos coincidentes con la descripción del título cuando se trata de inmatricular la finca, según resulta del apartado séptimo del artículo 53 de la Ley 13/1996.

Se señala como tercer defecto que, en cuanto a la segunda finca cuya inmatriculación se pretende, no consta de quién procede la finca y su domicilio si fuere conocido. El artículo 9.f) de la LH y el apartado 9 del artículo 51 del RH señalan como circunstancia de la inscripción que la expresión de la persona de quien procedan inmediatamente los bienes o derechos que deban inscribirse.

Finalmente, respecto al defecto relativo a la omisión del estado civil y el domicilio de los promovientes, del expediente resulta que se acompañó a la documentación presentada escritura pública de poder de la que resultaban tales circunstancias, por lo que el defecto no puede mantenerse.

Resolución de 25-1-2017
(*BOE* 14-2-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: EMITIDO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento de judicial ordenando la expedición de certificación de cargas y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie código de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre

que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora». En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del Registro pueden autorizarse con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del Registro llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 25-1-2017
(*BOE* 14-2-2017)
Registro de la Propiedad de Mijas, número 3

HIPOTECA: GARANTÍA DE INTERESES MORATORIOS INFERIOR A LOS PACTADOS OBLIGACIONALMENTE.

Se plantea la cuestión de si el tipo máximo a efectos hipotecarios de los intereses moratorios puede ser inferior al tipo máximo a efectos hipotecarios de los intereses ordinarios, el Registrador de la Propiedad señala en su nota de calificación que ello no es posible porque la aplicación del principio de determinación hipotecaria impone que al establecerse como tipo máximo de intereses ordinarios a estos efectos el 14%, el tipo máximo aplicable a los intereses de demora debería ser «el dieciséis por ciento» teniendo en cuenta que el tipo de demora obligacional es el resultante de añadir dos puntos al tipo de interés ordinario devengado en el momento del incumplimiento.

Como ha puesto de relieve reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, entre las más recientes, las Resoluciones de 26 de noviembre de 2013 y 28 de mayo de 2014), los intereses ordinarios en cuanto retributivos de la concesión del préstamo o crédito tienen un origen contractual en la medida que solo se devengan si las partes así lo establecen debiéndose estar al contenido pactado para determinar su cuantía determinada o determinable así como su vencimiento que puede coincidir o no con el de la obligación principal. La cobertura hipotecaria no puede cubrir obligaciones no existentes (*vid.* Resolución de 11 de octubre de 2004, por todas), ni puede tener por objeto una obligación distinta a la establecida por las partes. El carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (cfr. arts. 104 de la LH y 1857 del Código Civil) implica la imposibilidad de discrepancia entre los términos definitorios de la obligación asegurada y los de la

extensión objetiva de la hipoteca en cuanto al crédito. Así lo impone la exigencia de claridad y precisión en el contenido de los asientos registrales, imprescindible dada la trascendencia «*erga omnes*» de sus pronunciamientos (*vid.* Resoluciones de 5 de noviembre de 1999 y 14 de septiembre de 2002).

Por otra parte, como ya se expuso por este Centro Directivo en su Resolución de 20 de mayo de 1987, los intereses de demora, al generarse como consecuencia de un incumplimiento, tienen por definición carácter eventual o contingente, y como tal tienen carácter de crédito futuro en el momento de la constitución de la hipoteca, por lo cual no solo su cuantía sino su misma existencia se encuentran en tal momento en una situación de indeterminación. No debe confundirse, a estos efectos, el hecho de que el tipo máximo de los intereses —ordinarios o moratorios— a efectos hipotecarios (de fijación obligatoria y no limitada cuantitativamente, salvo supuestos especiales como el del artículo 114, párrafo tercero, de la LH) tenga alcance tanto «*inter partes*» como «*erga omnes*» en cuanto contribuye a la determinación de la extensión de la cobertura hipotecaria, de modo que más allá de ella no puedan ser satisfechos los intereses devengados directamente con cargo al precio de remate; con que los intereses efectivamente devengados que excedan de tal cobertura, por no existir limitación a efectos obligacionales (que no es necesaria) o por ser la misma superior al tipo hipotecario máximo, sean exigibles en las relaciones personales acreedor-deudor (Resoluciones de 28 de septiembre de 2000, 22 de junio de 2001, 10 de marzo de 2008, 28 de mayo de 2014, 2 de febrero de 2015 y demás citadas en los «Vistos»).

Pero en lo tocante a la configuración de la responsabilidad hipotecaria que garantice los intereses que se puedan devengar por uno u otro concepto y dentro de los límites legales imperativos (arts. 114.2.º y 3.º de la LH, y 220 del RH), opera la libertad de pacto, la cual puede ejercitarse, bien no garantizando los intereses devengados de un tipo determinado, bien fijando una cobertura en número de años distinta para cada tipo de interés, bien señalando un tipo máximo de cobertura superior a uno respecto del otro, sin que tengan que guardar ninguna proporción ya que estructuralmente nada impide que la garantía de uno u otro tipo de interés sea inferior a los efectivamente devengados, como nada impide la garantía parcial de la obligación principal.

Resolución de 26-1-2017
(*BOE* 14-2-2017)
Registro de la Propiedad de San Vicente de la Barquera

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como cuestión procedimental previa, los recurrentes en su escrito hacen alusión tanto a la calificación de la Registradora competente como a la del Registrador sustituto y a este respecto este Centro Directivo ha declarado (cfr., entre otras, Resolución de 12 de febrero de 2010, 26 de septiembre de 2011, 4 de diciembre de 2012, 19 de octubre y 27 de noviembre de 2013 y 25 de febrero de 2014) que el artículo 19.bis de la LH no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro Registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el Registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el Registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documen-

tación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso.

En el presente caso no se pretende propiamente la inmatriculación de una nueva finca, sino la constatación de un exceso de cabida conforme a lo previsto en el párrafo primero del artículo 298.3 del RH, antes citado. Dicho precepto, aplicable antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, permitía el acceso al Registro de excesos de cabida cumpliendo los requisitos para la inmatriculación de fincas, es decir, un doble título traslativo o un título traslativo complementado con acta notarial de notoriedad, que es el supuesto que nos ocupa. Sin entrar a valorar la propiedad terminológica de la expresión «inmatriculación de exceso de cabida» que emplea el precepto, lo cierto es que son numerosísimas las Resoluciones de esta Dirección General que han delimitado y separado con nitidez el concepto de inmatriculación del de inscripción de exceso de cabida, sosteniéndose de manera constante y reiteradísima que «la registración de un exceso de cabida «stricto sensu» solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la global descripción registral.

Es también cuestión reiterada por este Centro Directivo que las dudas que puede plantear el Registrador sobre la identidad de la finca deben expresarse en la nota de calificación y que las mismas no deben ser arbitrarias, genéricas, o meramente temerarias, sino que deben estar fundamentadas debidamente —evitando así la indefensión del particular—. En el caso de este expediente, se encuentran debidamente fundamentadas las dudas de la Registradora para acceder a la pretensión de rectificación descriptiva, concurriendo varias de las circunstancias previstas legalmente motivadoras de tales dudas.

Resolución de 30-1-2017
(*BOE* 16-2-2017)
Registro de la Propiedad de Cuenca

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: NO SE TIENEN EN CUENTA LOS TÍTULOS PRESENTADOS CON POSTERIORIDAD. TÍTULO INSCRIBIBLE: REQUISITOS PARA SU SUBSANACIÓN.

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 las dudas de identidad de la finca que a juicio del Registrador impiden la inscripción del documento, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

Dado el alcance del principio de prioridad, básico en un sistema registral de fincas (cfr. arts. 17, 24, 32 y 248 de la LH), la calificación de un documento deberá realizarse en función de lo que resulte del mismo y de la situación tabular

existente en el momento de su presentación en el Registro (cfr. arts. 24 y 25 de la LH), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad.

De la escritura de subsanación que se acompañó al título calificado resulta la descripción de la finca coincidente con la que consta en el Registro, incluso, según reza dicha escritura, tomada de nota simple expedida por el mismo Registro. No constituye obstáculo para la inscripción que dicha subsanación se otorgara con una diferencia temporal considerable respecto a la escritura subsanada, siempre que al otorgamiento concurran los mismos otorgantes o sus herederos, cuestión esta que no se ha planteado en este recurso (cfr. art. 326 de la LH).

Resolución de 30-1-2017
(*BOE* 16-2-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: MANDAMIENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento judicial ordenando la expedición de certificación de cargas y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie código de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora». En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del Registro pueden autorizarse con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del Registro

llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 1-2-2017
(*BOE* 22-2-2017)
Registro de la Propiedad de Nájera

BIENES GANANCIALES: EJERCICIO DE LA *ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO* SOBRE UN BIEN GANANCIAL.

En la regulación de la comunidad de bienes en nuestro ordenamiento se establece como un derecho esencial de cada condueño el de poder pedir en cualquier momento la división de la cosa común. En este sentido recuerda la STS de 6 de marzo de 2016: «Como esta Sala ya tiene declarado, entre otras, en la STS de 15 de junio de 2012 (núm. 399/2012), este reconocimiento tan explícito de la acción de división *(actio communi dividundo),* más allá del posible disfavor con el que nuestro Código Civil acogió las situaciones de indivisión resultantes de la comunidad, se presenta como una aplicación de uno de los principios rectores que informa la comunidad de bienes, conforme a la preferencia de la libertad individual que cada comunero conserva pese al estado de división».

La sociedad de gananciales constituye un régimen económico-matrimonial de tipo comunitario, que respecto de esos bienes comunes establece un régimen especial de gestión que implica que, como regla general, resulte necesario el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, la pertinente autorización judicial (*vid.* arts. 1375 y sigs. del Código Civil).

El ejercicio de la acción de división, cuando alguna de las cuotas del condominio tiene carácter ganancial, ha generado importantes dudas en la doctrina científica y en la jurisprudencia. Hay que citar la STS de 25 de febrero de 2011 que aborda un caso bastante similar al que es objeto de este recurso. Partiendo de la base de que el acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes, se plantea si uno de los cónyuges, en este caso el marido, puede ejercitar solo la acción de división, o bien debe actuar conjuntamente con la esposa, tal como disponen los artículos 1375 y 1377.1 del Código Civil. Y responde a esta disyuntiva: «La conclusión a que se llega es que deben seguirse las reglas normales de la acción de división, es decir, que o bien actúan conjuntamente frente a los demás copropietarios, o bien debe demandarse al otro cónyuge, aquí a la esposa conjuntamente con los demás, en su cualidad de copropietaria como parte de la sociedad de gananciales». A la vista de lo expuesto parece que ha de afirmarse en primer lugar que la facultad de pedir la división y acabar con la situación de comunidad la ostentan todos los copropietarios, en tanto se trata de una nota esencial al régimen de comu-

nidad romana o por cuotas. Y ello con independencia de que la titularidad de cada condueño tenga carácter privativo o ganancial. No obstante, en este último caso, ha de aplicarse el régimen de cogestión propio de los bienes gananciales.

Resolución de 1-2-2017
(*BOE* 22-2-2017)
Registro de la Propiedad de Arteixo

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: APLICACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 205 LH.

Resulta incontrovertido en el presente expediente que los documentos presentados no cumplen los requisitos que exige para inmatricular el nuevo artículo 205 de la LH, en la redacción del mismo tras la reforma de la Ley 13/2015, de 24 de junio, según admiten tanto la recurrente como el notario en sus alegaciones, dado que los títulos públicos presentados consisten en pacto de mejora y aportación a sociedad de gananciales que se otorgaron el mismo día.

La disposición transitoria única de la ley antes mencionada, señaló lo siguiente: «Todos los procedimientos regulados en el Título VI de la LH, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior. A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad». La claridad de la dicción de la norma no deja lugar a otra interpretación, considerando, además, que la inmatriculación se trata de un acto jurídico de carácter estrictamente registral, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro (cfr. Resolución de 15 de junio de 2015). Por ello no cabe entrar a valorar otras consideraciones relativas a la constitucionalidad de la norma (que en ningún caso cabría plantear en sede de recurso contra la calificación) ni relativas a la conveniencia práctica de la aplicación del precepto o a las circunstancias que pudieron llevar a no presentar los títulos antes de su entrada en vigor.

Resolución de 1-2-2017
(*BOE* 22-2-2017)
Registro de la Propiedad de Denia, número 1

PROCEDIMIENTO ORDINARIO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN DE CARGAS.

Consecuentemente, si la obligación es incumplida el acreedor puede dirigirse directamente contra el bien hipotecado y realizar su valor a fin de resarcirse con su importe. Nada obsta sin embargo para que el acreedor, ante el impago de la deuda garantizada con hipoteca, decida no acudir al procedimiento de acción directa sino al procedimiento de ejecución previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cualquier título ejecutivo.

Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Ahora bien, debe tenerse especialmente en cuenta que esa preferencia sobre la carga intermedia, lo será únicamente por la inicial responsabilidad hipotecaria, teniendo la anotación de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria, su propio rango en cuanto exceda de dicha responsabilidad hipotecaria.

Por la parte actora se solicita la expedición de la certificación a los efectos de lo dispuesto en el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil con la finalidad de que, una vez expedida, se efectúe la extensión de la nota correspondiente al margen de la hipoteca ejecutada y la notificación a los titulares posteriores a la hipoteca, incluidos los intermedios inscritos entre esta y la anotación de embargo practicada, que tendrán así conocimiento de la ejecución en los términos antes expuestos. Los mandamientos, como actos de comunicación que son, quedan bajo la competencia y responsabilidad de los letrados de la Administración de Justicia, conforme al artículo 279.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el presente expediente el letrado, en uso de dicha facultad, ha procedido a adicionar el mandamiento tal y como consta en la diligencia transcrita. El contenido de la adición debe considerarse incorporada al texto original. En consecuencia el mandamiento adicionado sustituye al primitivo a efectos de su fecha y de su contenido en orden a la expedición de una nueva certificación, esta vez conforme al artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que hace innecesaria la emisión de un nuevo mandamiento ya que el actual, adicionado, cumple todos los requisitos para su acceso al Registro.

Resolución de 2-2-2017
(*BOE* 22-2-2017)
Registro de la Propiedad de Alcalá la Real

REFERENCIA CATASTRAL: REQUISITOS PARA SU INCORPORACIÓN A LA INSCRIPCIÓN.

En primer lugar, debe recordarse, como ya afirmó esta Dirección General en Resoluciones de 6 de mayo y 22 de noviembre de 2016, que la constancia en el Registro de los datos de identificación catastral es una circunstancia más de la inscripción, conforme al artículo 9.a) de la LH Por otra parte, también debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la LH tiene unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica.

Centrándonos en el caso de este expediente, hay que destacar que la escritura de rectificación aportada para inscripción adolece exactamente de los mismos defectos de que adolecía la escritura rectificada: siguen existiendo diferencias de superficie superiores al 10% entre la finca inscrita y la parcela catastral; e igualmente siguen existiendo diferencias en cuanto al nombre del paraje en que se sitúa la finca.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.2 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la

Ley del Catastro Inmobiliario, no procede hacer constar la referencia catastral de la finca, ya que dicho precepto establece que «el Registrador, una vez calificada la documentación presentada, recogerá en el asiento como uno más de los datos descriptivos de la finca y con el carácter y efectos establecidos en el artículo 6.3, la referencia catastral que se le atribuya por los otorgantes en el documento inscribible, cuando exista correspondencia entre la referencia catastral y la identidad de la finca en los términos expresados en el artículo 45». Y por su parte el artículo 45 dispone que «a efectos de lo dispuesto en este título, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos: a) Siempre que los datos de situación, denominación y, superficie, si constara esta última, coincidan con los del titular y en su caso, con los del Registro de la Propiedad. b) Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por ciento y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos.

La consulta catastral que se incorpora al escrito de recurso como anexo, no puede ser tenida en cuenta en ningún caso para resolver el mismo porque se refiere a otra parcela catastral diferente. Por otra parte, se trata de una simple consulta catastral y no de una certificación, la cual no es hábil para la práctica de asiento alguno en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, también debe recordarse que, incluso en caso de no aportarse dicha certificación catastral descriptiva y gráfica, el Registrador, a solicitud del interesado, puede obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, tal y como ha señalado este Centro Directivo en el apartado primero de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, en base a que la Resolución Conjunta de la DGRN y de la DG del Catastro, de fecha 26 de octubre de 2015.

Resolución de 2-2-2017
(*BOE* 22-2-2017)
Registro de la Propiedad de Granada, número 3

SOCIEDAD DE GANANCIALES: BIENES PRIVATIVOS.

La única cuestión que se plantea es si es suficiente para inscribir una finca con carácter privativo de un cónyuge, al amparo del artículo 95.2 del RH, habida cuenta de que este se encuentra casado en régimen legal de gananciales, la manifestación, contenida en acta notarial simultánea a la escritura de formalización de la compraventa, ratificada por la esposa, de que se adquirió con cargo a unos fondos privativos, procedentes de un depósito realizado en estado de soltero, lo que es certificado por la entidad de crédito. Esta Dirección General ha mostrado un criterio estricto en relación a la aplicación del criterio de subrogación real establecido en el artículo 1346.3 del Código Civil. Ciertamente comparece el cónyuge de don J. M. D. B. ratificando dicha declaración. Pero dicha ratificación deberá tener la consideración de confesión de privatividad (cfr. art. 1324 del Código Civil) o de atribución de privatividad. Pero por lo expuesto no ha quedado plenamente justificado el carácter privativo del precio pagado.

Resolución de 2-2-2017
(*BOE* 22-2-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

HERENCIA: CERTIFICADO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES EN CASO DE SUCESIÓN DE EXTRANJEROS.

Por el Notario autorizante se lleva a cabo la escritura de partición causada por el fallecimiento de una ciudadana belga. El Notario incorpora el acta de declaración de herederos llevada a cabo por un Notario belga, de la que resultan llamados el cónyuge viudo y dos hijas de la causante. También incorpora el certificado de defunción de la causante, así como certificado de últimas voluntades español. Las recientes Resoluciones de 28 de julio de 2016 y 11 de enero de 2017 (todas ellas con base en las anteriores de 1 de julio y 13 de octubre de 2015), han entendido la necesidad de aportar el justificante o certificado del Registro extranjero que recoja los títulos sucesorios otorgados por el causante o bien la acreditación de que, conforme al derecho material aplicable a la sucesión, no existe tal sistema de registro. En el presente expediente, el Notario belga, en el acta de declaración de herederos manifiesta «(…) que de la búsqueda en el Registro Central de Testamentos, resulta lo que aquí sigue: I. (…) III. Últimas Voluntades. No se conoce disposición por causa de muerte de la difunta…», por lo que debe considerarse innecesario aportar el certificado de Últimas Voluntades belga, pues ello queda bajo la responsabilidad del acta de declaración de herederos realizada ante el Notario belga.

Resolución de 6-2-2017
(*BOE* 28-2-2017)
Registro de la Propiedad de Olivenza

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO ANTERIOR A LA LEY 13/2015: REQUISITOS.

Se trata de un expediente de dominio para la reanudación del tracto sucesivo que se halla sujeto a la normativa anterior, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria única de la Ley 13/2015. Tradicionalmente este Centro Directivo ha mantenido el carácter excepcional de este medio de reanudación del tracto. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del Registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas, a fin de evitar la utilización de este cauce para la vulneración o indebida apropiación de derechos de terceros (al permitir una disminución de las formalidades que en los supuestos ordinarios se prescriben, precisamente, para la garantía de aquellos, como por ejemplo la exigencia de formalización pública del negocio adquisitivo para su inscripción registral), o para la elusión de las obligaciones fiscales (las inherentes a las transmisiones intermedias, etc.). Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción.

Como ya se señaló en Resolución de 22 de enero de 2011, que procede reiterar aquí, y en la que se afirmó que «de conformidad con el artículo 285 del RH, no

puede exigirse a quien promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho, de modo que el Auto por el que se ordena reanudar el tracto es, por sí solo, título hábil para practicar la inscripción en cuanto determina la titularidad dominical actual de la finca. Por lo que no puede exigirse al promotor del expediente de reanudación de tracto la acreditación de la cadena previa y sucesiva de transmisiones intermedias, ni los nombres de las personas que transmitieron las fincas al transmitente inmediato de las mismas, aunque sí (…) del titular registral y de su cónyuge cuyo consentimiento sea necesario para la disposición del bien cuya titularidad pretenda reanudarse en el expediente de dominio».

Como ya afirmó esta Dirección General en la Resolución de 10 de mayo de 2001, «el titular registral si vive, ha de ser citado en el expediente; pero no ocurre lo mismo con los causahabientes del titular registral cuya inscripción es de más de 30 años, pues a estos no se refiere el artículo 202, párr. 1.º, de la LH, y ello es lógico, pues no pueden pretender la protección registral quienes no se han acogido a ella inscribiendo su adquisición; por tanto, su protección ha de entenderse incluida en la citación genérica a las personas ignoradas a las que se cita por edictos. Y si bien en los documentos judiciales el Registrador puede, y debe, apreciar si se han cumplido los trámites del procedimiento en cuanto protegen a los titulares registrales, para evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución Española, en este caso la citación realizada es suficiente para la práctica de las operaciones registrales oportunas».

Resolución de 6-2-2017
(*BOE* 28-2-2017)
Registro de la Propiedad de Cuenca

OBRA NUEVA: AMPLIACIÓN DE UNA EDIFICACIÓN YA INSCRITA.

En cuanto a la denominación de la escritura como «de subsanación», la expresión de esta (en cumplimiento del número noveno del art. 156 del RN) no puede impedir documentar en la misma una ampliación de una edificación que consta declarada en el Registro, si en el título presentado se cumplen los requisitos para ello. No obsta a esta afirmación el hecho de que la descripción que pretende modificarse sea la correspondiente a una inmatriculación de fincas. Por otra parte, como se señaló en Resoluciones este Centro Directivo de 4 de agosto de 2014 y 9 de mayo de 2016, en las inmatriculaciones la identidad descriptiva con el Catastro ha de referirse a la ubicación y delimitación geográfica perimetral de la finca, pero no necesariamente a los elementos físicos, tales como las edificaciones.

Respecto de la aplicación del nuevo artículo 202 de la LH, en los supuestos de ampliación de una edificación ya inscrita, se afirmó en Resolución de 23 de mayo de 2016 que en tales casos «la superficie ocupada por la construcción ya consta en el Registro, bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párr. tercero, de la LH), y no es objeto de modificación o alteración en la escritura de ampliación de obra nueva por elevación de nuevas plantas. Por ello, el rigor de la norma debe atenuarse, puesto que el encaje en el supuesto de hecho previsto en el artículo 202 no es pleno, al ya constar en los libros del Registro el dato de la parte del solar sobre el que se eleva la construcción, y ser este precisamente el que origina la necesaria ubicación por medio de sus coordenadas georreferenciadas.

Por ello, y a pesar de no poder procederse a la inscripción de la representación gráfica de la finca ni a la constancia de las coordenadas de la porción de suelo ocupada, por no cumplirse los requisitos previstos en los artículos 9, 10 y 199 de la LH, no existen obstáculos que impidan la inscripción de la ampliación de la obra nueva, y por ello el defecto alegado no puede ser mantenido».

Finalmente, en cuanto a la exigencia del Libro del Edificio, tampoco puede mantenerse el defecto, pues en otras ocasiones ha señalado esta Dirección General (*vid*. Resoluciones de 16 de mayo de 2013 y 6 de septiembre de 2016) que entre los requisitos exigidos en el apartado cuarto del artículo 28 de la Ley de Suelo, ciertamente no se encuentran incluidos los relativos al cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de esta a sus usuarios, que sí se exigen en su apartado primero para la declaración de obra nueva terminada, cuando dicha declaración se realiza bajo el régimen que estatuye dicho específico apartado primero.

Resolución de 6-2-2017
(*BOE* 28-2-2017)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, 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.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, 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. 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. Desde el punto de vista procedimental, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación tampoco requiere con carác-

ter general 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 sus dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara, dudas que no han sido alegadas por el Registrador en el presente caso.

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. La mera falta de coincidencia de la finca registral con la situación catastral de las fincas no puede justificar las dudas de que la edificación se encuentre ubicada efectivamente en la finca registral. En la calificación no se manifiesta ninguna circunstancia adicional justificativa de tales dudas como pudieran ser, por ejemplo, la ubicación de la edificación respecto de los linderos de la finca o la existencia de modificaciones descriptivas como incrementos superficiales o cambio de linderos. Más bien al contrario, se manifiesta una disminución de superficie respecto a la registrada, que es inferior al cinco por ciento de la cabida inscrita, por lo que incluso podría hacerse constar sin necesidad de tramitar el expediente de rectificación previsto en el artículo 201 de la LH, conforme a lo previsto en el apartado 3 de dicho precepto.

Resolución de 6-2-2017
(*BOE* 28-2-2017)
Registro de la Propiedad de Ourense, número 3

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Aun siendo clara e incondicionada la citada exigencia legal de georreferenciar la superficie ocupada por cualquier edificación cuya inscripción se pretenda, y la especial utilidad que tal exigencia pueda tener en casos de edificaciones «antiguas» o aparentemente «prescritas», también es cierto que, de entre todos los supuestos legales en los que la nueva ley exige georreferenciación (como por ejemplo ocurre también, conforme al artículo 9, con las divisiones, agrupaciones, reparcelaciones, etc.), este en concreto de las edificaciones es el que menor complejidad requiere para su cumplimiento y constancia registral, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista procedimental.

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 la que resulta de las coordenadas aportadas para dar cumplimiento al artículo 202 de la LH. Ahora bien, no puede olvidarse que la superficie construida que consta como alfanumérica en la certificación catastral puede no coincidir con la superficie gráfica.

El defecto no puede ser mantenido considerando las siguientes circunstancias que lo diferencian del caso de la Resolución de 5 de julio de 2016: que la diferencia de metros que ocasiona el debate se encuentra identificada en la escritura como «patio»; que esta discrepancia, además, se produce entre la superficie expresada alfanuméricamente en la propia certificación catastral y la que resulta de la representación en formato GML obtenido de la misma, lo que es revelador de que esa superficie de 3 m^2 (patio) es la que ha dejado de computarse a efectos catastrales en la certificación; y, en definitiva, que existe una total identidad entre la descripción de la edificación en el título y la de la certificación catastral que contiene la geometría del edificio, que es la que accederá al Registro conforme al artículo 202 de la LH.

Resolución de 7-2-2017
(*BOE* 28-2-2017)
Registro de la Propiedad de Villena

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Esta Dirección General ha recordado en numerosas ocasiones (por todas, Resolución de 20 de julio de 2016), que uno de los pilares de nuestro sistema hipotecario lo constituye el principio de salvaguardia judicial de los asientos registrales (art. 1 de la LH), que supone que extendido un asiento, la situación resultante queda bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, precisándose para su rectificación, bien el consentimiento de los titulares, bien la oportuna resolución judicial dictada en juicio declarativo (Resoluciones de 23 de noviembre de 1998 y 28 de julio de 1999). Junto al anterior se sitúa el principio de titulación auténtica que exige para cualquier modificación, objetiva o subjetiva, de la titularidad de una finca inscrita, que conste en documento público y el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la LH), según el cual, para que pueda acceder al Registro cualquier modificación objetiva o subjetiva que afecte a un asiento registral es preciso que previamente conste inscrito el derecho de la persona que realice dicha modificación. Finalmente, el principio de legitimación registral (art. 38 de la LH) extiende a todos los efectos legales la presunción de que el derecho inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida en el asiento respectivo. Como corolario, el principio de rectificación de los asientos registrales, o su cancelación, exige, bien el consentimiento del titular registral, 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 (arts. 40, 82 y 220 de la LH).

Resolución de 7-2-2017
(*BOE* 28-2-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: MANDAMIENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento de judicial ordenando la expedición de certificación de cargas y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación

en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie código de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora». En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del Registro pueden autorizarse con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del Registro llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 8-2-2017
(*BOE* 1-3-2017)
Registro de la Propiedad de Tui

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: BIENES COMUNALES.

Se discute en este expediente si es inscribible una instancia privada en la que se solicita el cambio de titularidad de un bien inscrito a favor de los vecinos

de Camposancos alegando haber sido adquirido dicho bien por la Entidad Local Menor de Camposancos por ser atribuido por ley.

El TS (Sentencia de 21 de febrero de 2007) señala, en relación al concepto y características de los bienes comunales, que «los bienes comunales solo podrán pertenecer a los Municipios y a las Entidades locales menores, artículo 2.4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, y que poseen dos notas que los singularizan en relación con las distintas categorías de bienes de las Administraciones Públicas. De un lado que su titularidad no es exclusiva del Municipio o de la Entidad Local Menor que los posean sino que la comparten con los vecinos, así STS de 8 de noviembre de 1977, y de otro que el aprovechamiento de los mismos corresponde al común de los vecinos artículo 75 del texto refundido y 94.1 del Reglamento de Bienes que expresa que el aprovechamiento y disfrute de bienes comunales se efectuara precisamente en régimen de explotación común». El artículo 2.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales señala que los bienes comunales son aquellos que siendo de dominio público tengan un aprovechamiento que corresponde al común de los vecinos, para añadir a continuación que tales bienes solo pueden pertenecer a los municipios y a las entidades locales menores.

En el caso objeto de este expediente existen dudas respecto a la verdadera naturaleza jurídica de los bienes inscritos, bien sean bienes comunales típicos o atípicos, no habiendo quedado acreditado, en consecuencia, que se trate indubitadamente de bienes comunales típicos y que el dominio haya sido adquirido por la Entidad Local Menor por atribución de ley.

Resolución de 9-2-2017
(*BOE* 1-3-2017)
Registro de la Propiedad de Almodóvar del Campo

EXPROPIACIÓN FORZOSA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Si efectivamente se pretende que el título inscribible fuera una escritura de elevación a público de acuerdos expropiatorios, aquella habría de estar otorgada por las mismas partes que hubieran suscrito previamente esos supuestos acuerdos expropiatorios, y como no es este el caso, habría de confirmarse el primer defecto señalado por la Registradora relativo a que en el otorgamiento de la supuesta escritura pública faltan determinados consentimientos. Pero, como se ha dicho, pese al incorrecto *nomen iuris* dado por el Notario al documento por él autorizado, la realidad es que nos encontramos ante una simple acta notarial de protocolización de determinados documentos administrativos, y que, por serlo, ya eran de por sí documentos públicos. No habiéndose cuestionado en la nota de calificación la competencia y facultades de dicho funcionario para extender tales diligencias, dichas copias protocolizadas en la escritura han de ser reputadas como copias auténticas de su original.

Como regla general, la determinación y pago o consignación del justiprecio es un presupuesto previo y necesario para que pueda procederse al acta de ocupación, pues, según el artículo 51 de la Ley sobre expropiación forzosa «hecho efectivo el justo precio, o consignado en la forma prevista en el artículo anterior, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado, siempre que no se hubiera hecho ya en virtud del procedimiento excepcional regulado en el artículo siguiente» el cual se refiere a los supuestos

de previa declaración de urgencia de la ocupación. No obstante, tratándose del procedimiento de urgencia el RH posibilita la toma de anotación preventiva, al disponer el artículo 32.3.a que «podrá extenderse anotación preventiva a favor del expropiante o beneficiario mediante el acta previa a la ocupación y el resguardo de depósito provisional. La anotación tendrá la duración señalada en el artículo ochenta y seis de la Ley y se convertirá en inscripción mediante el documento que acredite el pago o la consignación del justo precio en el acta de ocupación».

Ciertamente para que el expediente expropiatorio sea inscribible en el Registro de la Propiedad, el mismo debe entenderse con los titulares registrales. Así lo dispone expresamente el artículo 32.2.a del RH. Consecuentemente, los procedimientos de expropiación forzosa para que sean inscribibles deben entenderse con el titular registral en la forma prevista en el artículo 32 del RH, pero lógicamente no se precisa consentimiento o firma del recibí del justiprecio, procediéndose, en su caso, a la consignación.

Resolución de 10-2-2017
(*BOE* 1-3-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: MANDAMIENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento de judicial ordenando la expedición de certificación de cargas y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie, código de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora. En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del registro pueden autorizarse

con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del registro llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 13-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Melilla

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: ALCANCE.

En íntima conexión con el principio de voluntariedad de la inscripción se encuentra el principio de rogación. En efecto, el carácter rogado que tiene la actuación registral es una consecuencia de la voluntariedad de la inscripción en nuestro Derecho, y de ahí que este Centro Directivo haya declarado reiteradamente que no se puede practicar en el Registro ningún asiento —salvo casos excepcionales— sin que hayan sido solicitados por los interesados, que lo serán las personas enumeradas en el artículo 6 de la LH (cfr. Resolución de 20 de julio de 2006).

No obstante, como indicaba la Resolución de este Centro Directivo de 11 de febrero de 1998, y ha reiterado la más reciente de 20 de julio de 2006 antes citada, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del Registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas.

La descripción literaria del inmueble es única y, sin embargo, comprende dos fincas registrales por traslado de la descripción contenida en una escritura de 1985. Sin embargo, en la instancia de solicitud de inscripción presentada por el heredero único tal solo se solicita que se practiquen las oportunas operaciones registrales respecto de una de ellas, sin poder sobreentenderse, por aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, que deba el Registrador practicar operación alguna respecto de la finca registral omitida en la instancia.

Resolución de 13-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 12

SEGREGACIÓN Y DIVISIÓN: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

Debe afirmarse que, con carácter general, para la práctica de inscripciones de Sentencias civiles en las que se exige una previa división o segregación de

una finca registral, debe aportarse el correspondiente título administrativo habilitante. 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 innecesariedad, 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 será independiente del tipo de documento público en que se formalice el acto de parcelación, notarial, judicial, o administrativo.

La propia jurisprudencia del TS ha reconocido la separación de esferas civil y administrativa, sin perjuicio de la aplicación en determinados supuestos del principio de legalidad y unidad del ordenamiento, admitiendo que la decisión del Tribunal del orden civil puede quedar supeditada en su efectividad a la intervención administrativa en forma de autorización o licencia —cfr. la Sentencia 4/2013, de 11 de enero, de la AP de A Coruña—, dado el interés público subyacente en la ordenación que se trata de tutelar —artículo 4 de 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.

Ahora bien, este Centro Directivo —cfr., por todas, la Resolución de 16 de enero de 2017— ya ha tenido ocasión de estudiar el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro, en este caso el año 2016, de una Sentencia judicial, en la que se entiende acreditada la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha, en que la legislación aplicable no exigía licencia para las mismas o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales.

Sin embargo, no será posible la inscripción por la vía del artículo 28.4 de la Ley de Suelo, aunque se acredite la antigüedad suficiente, por los medios que prevé el precepto, o por Sentencia judicial, cuando conste al Registrador que el órgano con competencia en disciplina urbanística ha calificado el acto sujeto a licencia, bien por aportarse la respectiva Resolución administrativa, bien porque haya promovido una medida cautelar en relación a un expediente de disciplina urbanística que conste registralmente, como prevé el propio precepto al requerir que el Registrador compruebe la «inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate».

Resolución de 13-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 2

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y el RH 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 LH). 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, 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 LH.

El artículo 320 del RH señala que «la extensión de un asiento en folio perteneciente a finca distinta de aquella en que debió haberse practicado, se considerará comprendido en el artículo 213 de la Ley, y si procediere la rectificación se trasladará el asiento al lugar y folio que le corresponda, extendiendo al margen del asiento rectificado una nota expresiva del número, folio, finca y tomo en que se ha practicado el nuevo asiento y la causa del traslado». Ahora bien, en el historial registral de la finca que se pretende la rectificación, existen tres posteriores y la última de las inscripciones es de dominio, que necesariamente también tiene que ser rectificada. Y en esta inscripción posterior no nos encontramos ante un error del Registro, sino ante un asiento inexacto. Y además tratándose de una inscripción relativa al dominio de la finca, por razones de tracto sucesivo, no podría practicarse la rectificación sin rectificar a la vez la inscripción del titular registral actual, pues de lo contrario admitiríamos una dualidad de titularidades del dominio sobre el mismo objeto lo cual no resuelta posible.

Resolución de 15-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Sant Mateu

IDENTIFICACIÓN DE LOS COMPARECIENTES EN LA ESCRITURA PÚBLICA: FUNCIONES DE NOTARIOS Y REGISTRADORES.

Por el valor que la ley atribuye al instrumento público, es presupuesto básico para la eficacia de este la fijación con absoluta certeza de la identidad de los sujetos que intervienen, de modo que la autoría de las declaraciones contenidas en el instrumento quede establecida de forma auténtica, mediante la individualización de los otorgantes. Por ello, el artículo 23 de la Ley del Notariado, como requisito esencial de validez del instrumento público, impone al notario autorizante la obligación de dar fe de que conoce a las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos. Ciertamente, en el supuesto de este expediente, el notario autorizante ha cumplido todas las exigencias de la Ley y del Reglamento en cuanto a la identificación de los otorgantes. Por lo tanto, no se puede cuestionar la identidad de los comparecientes, pues es una competencia del Notario que no incumbe al Registrador.

En la calificación registral, respecto de los nacionales otorgantes de aquellos países en los que no varía el número del documento oficial de identificación, el Registrador deberá comprobar su exacta correspondencia con la numeración obrante en el Registro de la Propiedad, al objeto de evitar que personas con iguales nombres y apellidos y que hayan sido debidamente identificados por el notario puedan usurpar la identidad de los titulares registrales. Pero respecto de

los nacionales de aquellos países (como Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) en los que se produce una alteración en los números de identificación del documento oficial de identificación, debe entenderse suficiente la declaración que realice el notario, bajo su responsabilidad, de la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el Registrador, motivando adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración. Ciertamente estos supuestos de alteración de los números del documento oficial de identificación serán cada vez menos frecuentes dada la actual exigencia de hacer constar los NIE de los extranjeros en las inscripciones registrales (cfr. art. 254 LH según redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre), numeración que no varía.

Resolución de 16-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Almadén

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó 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 solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». También ha tenido ocasión de señalar esta Dirección General que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública, por aplicación del artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. Resolución de 9 de diciembre de 2010). La protocolización notarial de la partición judicial, siempre y cuando haya concluido sin oposición, viene impuesta como regla general por el artículo 787.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Resolución de 16-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 37

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES: REQUISITOS.

Como señala la STS de 1 de febrero de 2016: «La sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que en sentido estricto no puede contraer

deudas. Son los cónyuges los que aparecen como deudores. Por esa razón establece el artículo 541.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «No se despachará ejecución frente a la comunidad de gananciales». Este régimen de responsabilidad es coherente con la especial forma de titularidad que los cónyuges ostentan sobre los bienes gananciales.

De lo establecido en los artículos 144 del RH y 541 de la LEC resulta evidente que no cabe sino confirmar el criterio sostenido por la Registradora en su nota de calificación y desestimar el recurso, dado que para que resulte anotable un embargo sobre un bien inscrito con carácter ganancial, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos esposos, o que, habiéndose demandado solo al que contrajo la deuda, se le dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado.

Resolución de 16-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2

DERECHO DE OPCIÓN: REQUISITOS.

En cuanto a la posibilidad de constituir un derecho de opción con una duración determinada y que el derecho potestativo no pueda ejercitarse desde la inicial constitución sino en un momento posterior, sin sobrepasar el plazo de los cuatro años que señala el artículo 14 del RH, no debe confundirse la duración del derecho con el tiempo hábil para su ejercicio, siempre que esa diferenciación no sirva para constituir, sin otro interés, una reserva de rango o una fraudulenta prolongación del plazo de duración del derecho para eludir un límite legal, como el del reiterado artículo 14 del RH.

En el supuesto del expediente el resultado sería que es el optante quien tendría la posibilidad de elegir, al amparo de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) cuál de las dos posibilidades ofrecidas «*in solutione*» pasaba en concreto a ser el objeto de la opción (art. 1136 del Código Civil), quedando libres la finca o fincas sobre las que no se ejercitara la opción. El tercer adquirente de las fincas gravadas tiene conocimiento desde la llegada de la opción al Registro de que la opción se ejercitará exclusivamente sobre uno de los dos objetos: la finca única o el conjunto de fincas. Es cierto que se limita la circulación de los bienes mientras no se ejercita la elección sobre la alternativa, pero la limitación temporal de la opción (uno de los elementos esenciales de la figura, precisamente por dejar fuera del comercio el bien) hace que se mitigue ese límite y el legislador se decida por admitir la figura.

Aun siendo la obligación indivisible y, en consecuencia, necesario el ejercicio de la obligación en su conjunto sobre la totalidad de las fincas 2 a 6, ello no excluye la necesidad de distribución del valor o precio para el ejercicio de la opción, pues esta distribución es necesaria a los efectos de servir de cifra de garantía en beneficio de posibles terceros titulares de derechos sobre las fincas. Como ha señalado este Centro Directivo (cfr. Resolución de 11 de junio de 2002) para cancelar derechos posteriores a la opción, se requiere la consignación o depósito del íntegro precio de la opción a favor de los titulares de tales derechos, o el consentimiento de los mismos, pues dicho precio pasará a ocupar por subrogación real la posición jurídica que al inmueble correspondía. Consecuentemente este defecto debe ser confirmado.

Resolución de 17-2-2017
(*BOE* 8-3-2017)
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 1

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO.

Como cuestión procedimental previa, es doctrina reiterada de esta Dirección General, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 326 de la LH, que no pueden tenerse en cuenta los documentos aportados por el recurrente relativos al expediente judicial para inmatriculación de exceso de cabida que llevó a cabo con anterioridad a la interposición de la demanda del procedimiento ordinario.

Se ha admitido reiteradamente por esta Dirección General con anterioridad a la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la posibilidad de que en un procedimiento distinto de los especialmente establecidos en la legislación hipotecaria y singularmente en procedimiento judicial declarativo, se acuerde la inscripción de un exceso de cabida, en cuyo caso las dudas sobre la identidad de la finca o sobre la realidad del exceso por definición se despejan en el ámbito de la valoración de las pruebas practicadas, dado que se ventilan en un procedimiento judicial, siendo preciso que se cumplan los requisitos exigidos para la protección de los titulares de predios colindantes. Esta posibilidad se ha visto expresamente reconocida en el nuevo artículo 204, que dispone en su párrafo quinto. No cabe entrar a valorar si los colindantes han tenido cumplido conocimiento del procedimiento ya que a esta cuestión hace referencia el Registrador en el informe pero no en la nota de calificación.

Una vez en vigor la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, la nueva regulación de los supuestos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física extrarregistral tiene siempre presente la necesidad de incluir la representación gráfica de la finca cuando se trata de inmatriculación de fincas o de rectificaciones descriptivas que suponen diferencias de superficie superiores al 10% de la cabida inscrita [cfr. art. 9.b) y 198 y sigs. de la LH]. La inscripción que en su caso se practique deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la LH y debe contener obligatoriamente la representación gráfica georreferenciada.

Resoluciones de 14, 17, 21-2-2017. (9 Resoluciones)
(*BOE* 10-3-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: MANDAMIENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento de judicial y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie código de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no

expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora». En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del Registro pueden autorizarse con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del Registro llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 20-2-2017
(*BOE* 10-3-2017)
Registro de la Propiedad de Nájera

DONACIÓN *MORTIS CAUSA:* CONCEPTO.

En relación con la donación «*mortis causa*», esta Dirección General en su Resolución de 21 de enero de 1991, puso de relieve que (…) para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia de 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de *conditio iuris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio,

hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, solo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. En definitiva, en el ámbito de aplicación del Código Civil, conforme al artículo 620 del mismo, la donación «*mortis causa*» se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria.

Resolución de 22-2-2017
(*BOE* 10-3-2017)
Registro de la Propiedad de Puerto del Rosario, número 2

OBRA NUEVA: LICENCIA. PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS PROCOMUNALES.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, 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.

El certificado municipal que se incorpora a la escritura acredita el acuerdo de incoación de un expediente de caducidad de licencia, lo que no puede equipararse a la propia licencia. Por más que del documento en cuestión pueda deducirse la existencia de la licencia, según alega el notario recurrente, o también se aluda a la misma en un certificado técnico, es evidente que ello no puede considerarse suficiente para dar cumplimiento a la exigencia legal de aportar la licencia de edificación, ya que necesariamente el Registrador debe tener a la vista el contenido de la misma para el ejercicio de su función calificadora (arts. 18 de la LH y 99 de su Reglamento). En cuanto a la alegación del Notario relativa a la posibilidad de declarar la edificación sin licencia por la antigüedad de la misma, el apartado 4 del artículo 28 de la citada Ley de Suelo la admite siempre que conste la terminación de la obra en fecha determinada, circunstancia que no concurre en el presente caso, pues del certificado técnico incorporado resulta que la ampliación de edificación declarada se encuentra en construcción. Además, proceder de este modo requiere respetar el principio de rogación.

La definición de subcomunidad la encontramos en la letra d) del artículo 2 de la Ley sobre propiedad horizontal cuando dispone que se entiende por tales 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 el presente caso no existe una subcomunidad en el sentido indicado en el precepto. Nos encontramos, en realidad, ante un supuesto que se asemeja a los elementos procomunales. Según afirmó la Resolución de 4 de octubre de 2013, para la configuración de un elemento como procomunal es precisa la necesaria determinación de los elementos o características esenciales de ese denominado departamento privativo destinado servicio común, «y entre esos rasgos fundamentales —y además del carácter pro indiviso de la adquisición— debe entenderse necesario detallar tanto la

determinación de la cuota o proporción en que dicho elemento se adquiere por los propietarios —por ejemplo, en proporción a su respectiva cuota en los «elementos, pertenencias y servicio comunes» a los que se refiere el artículo 3.b) de la Ley de Propiedad Horizontal—, como —si es lo que se pretende, según se afirma en el recurso— la conexión *ob rem* de dicha cotitularidad con la respectiva propiedad del elemento o departamento privativo de la que sería así inseparable».

Con carácter general, para que puedan acceder al Registro modificaciones consistentes en alteraciones de los elementos comunes, que afectan al título constitutivo, se requiere acreditar el consentimiento de la junta de propietarios. Pero además, si se afecta al derecho de domino de cada uno de los propietarios, como sucede al establecer una vinculación *ob rem* que supone la adquisición proindiviso por todos los propietarios de los elementos privativos de la división horizontal, se requiere el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad.

Resolución de 22-2-2017
(*BOE* 10-3-2017)
Registro de la Propiedad de Hoyos

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN. PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ACTOS REVELADORES.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, 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. 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.

A los efectos de justificar la ubicación de la finca registral con una parcela catastral en la que existe una construcción, no puede negarse al documento aquí presentado, puesto que establece la referencia y relación suficiente entre la finca registral y una dirección de policía, identificada perfectamente con calle y número, la cual a su vez dispone una o varias referencias catastrales y sobre la cual se pretende verificar la declaración de obra nueva. Finalmente, aunque

en el caso de este expediente las dudas del Registrador no van referidas a la representación gráfica de la finca, ni a las coordenadas de la edificación, debe recordarse la doctrina acerca de las dudas de identidad que puedan plantearse para inscribir representaciones gráficas. El 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.

No existe en la normativa urbanística de Extremadura una previsión concreta sobre actos reveladores de parcelación ni concurre en el caso de este expediente el supuesto indiciario previsto en el artículo 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, relativo a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca. Respecto al caso concreto de este expediente, cabe recordar que la Resolución de 5 de marzo de 2013 (citando las de 24 de agosto de 2011 y 2 de marzo y 24 de mayo de 2012) consideró que no hay acto revelador de parcelación, por el hecho de existir varias edificaciones, concurriendo incluso cotitularidad sobre la finca. Por tanto, no existe registralmente ningún problema en que sobre una misma finca registral puedan declararse las obras nuevas correspondientes a diversas edificaciones existentes sobre la misma, sin que ello implique la existencia de una parcelación o división, pues la finca debe ser transmitida en su conjunto como una unidad.

Resolución de 23-2-2017
(*BOE* 10-3-2017)
Registro de la Propiedad de Linares

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: EFECTOS.

La Sentencia firme de 22 de septiembre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, desestima un recurso interpuesto ante dicho tribunal por «Layro, S.A.», contra una Resolución administrativa, de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 8 de julio de 2009, que no se acompaña, pero que se refiere a la caducidad de una concesión administrativa de aprovechamiento de aguas, la cual concesión no consta inscrita en el Registro y por tanto no puede ser ahora objeto de cancelación o modificación registral, precisamente por falta de previa inscripción de la concesión administrativa, conforme exige el artículo 20 de la LH.

Por último, respecto de la alegación de las recurrentes en el sentido de que no fue procedente inscribir en su día el extremo de la servidumbre relativo a la asignación de determinados caudales máximos, ha de recordarse que no es el recurso el cauce adecuado para discutir sobre la validez o nulidad de actos cuya inscripción se ha practicado (véase, por ejemplo, la Resolución de 10 de julio de 2006), pues el objeto del recurso es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho, sin que por tanto pueda tener por objeto cualquier otra pretensión (véase la Resolución de 19 de septiembre de 2016). Como acertadamente señaló la Registradora en su nota de calificación, la modificación de una inscripción practicada y que está bajo la salvaguardia de los tribunales requeriría el consentimiento y concurrencia no solo de los titulares de los predios dominantes, sino también del predio sirviente, o, en su defecto, una Sentencia firme dictada en procedimiento seguido a tal efec-

to contra los mismos y que expresamente ordenara la rectificación registral pretendida.

Resolución de 23-2-2017
(*BOE* 10-3-2017)
Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros

RECURSO GUBERNATIVO: INTERPUESTO DESPUÉS DE SUBSANAR LOS DEFECTOS. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: ACREDITACIÓN.

El último apartado del artículo 325 de la LH determina que «la subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso». Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resolución de 30 de septiembre de 2010) la subsanación de los defectos no es obstáculo para que el Notario interponga recurso, pues se trata de determinar si la calificación registral fue o no ajustada a Derecho, conforme estableció la STS, Sala Tercera, de 22 de mayo de 2000.

Respecto a la cuestión de fondo, el recurso debe ser estimado. La finca consta inscrita, en cuanto a la cuota indivisa de que se dispone, a favor de don J. L. J. G. casado con doña F. A. B., casado bajo el régimen de separación de bienes, según escritura de capitulaciones matrimoniales autorizada ante el Notario de Zaragoza, don Fernando USÓN VALERO, el 19 de octubre de 1999. En la escritura comparecen como vendedores ambos cónyuges, don J. L. J. G. y doña F. A. B., manifestando ambos que están casados bajo dicho régimen económico-matrimonial, en virtud de la indicada escritura de capitulaciones, por lo que, concurriendo ambos cónyuges, ningún defecto puede apreciarse, procediendo la estimación del recurso y la revocación del defecto.

Resolución de 27-2- 2017
(*BOE* 16-3-2017)
Registro de la Propiedad de Cangas

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

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 LH.

A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como señala el artículo 40.d) de la LH no exige el consentimiento del Registrador, en el caso de la rectificación de errores materiales o de concepto, esta intervención es necesaria.

Resolución de 27-2-2017
(*BOE* 16-3-2017)
Registro de la Propiedad de Benalmádena, número 2

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL TÍTULO.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó 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 solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento ordinario de disolución de condominio, en cuya virtud, los tres condueños demandantes se adjudican la cuarta parte indivisa correspondiente al condueño demandado sobre la finca 8.792. Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el Juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El principio de determinación o especialidad registral, configurado con carácter básico en los artículos 9 de la LH y 51 de su Reglamento, establece cuáles son las circunstancias que han de reflejarse, según cada caso, en los asientos de inscripción, circunstancias que deben por tanto venir consignadas en los títulos que sirven de base para practicar esos asientos.

Resolución de 28-2-2017
(*BOE* 16-3-2017)
Registro de la Propiedad de Almería, número 3

DOCUMENTO JUDICIAL: MANDAMIENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO.

Generado electrónicamente un mandamiento judicial y remitido del mismo modo al procurador de la parte actora, este procede a su traslado a soporte papel y a su presentación en el Registro de la Propiedad. El documento presentado presenta pie en cada una de sus tres hojas del que resulta su código seguro de verificación (CSV), la advertencia de que permite la verificación de la integridad de la copia del documento electrónico en determinada dirección, la afirmación de que el documento incorpora firma electrónica reconocida de conformidad con la Ley 59/2013, de 19 de diciembre, de firma electrónica, así como la identidad del firmante, fecha y hora. Finalmente, el documento incorpora en el pie código

de barras correspondiente al código seguro de verificación. La Registradora no expide la certificación ordenada porque, a su juicio, no resulta la autenticidad de la copia presentada a los efectos del artículo 3 de la LH.

La cuestión planteada en este expediente resulta sustancialmente idéntica a la que dio lugar a la Resolución de este Centro Directivo de fecha 6 de marzo de 2012 por lo que la doctrina entonces formulada, con las debidas adaptaciones al origen judicial del documento ahora presentado, debe ser ahora reiterada. El código generado electrónicamente permite contrastar la autenticidad del documento, de conformidad con el artículo 30.5 de la Ley 11/2007. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30.5 de la Ley 11/2007, las copias realizadas en soporte papel de documentos públicos administrativos emitidos por medios electrónicos y firmados electrónicamente tendrán la consideración de copias auténticas siempre que incluyan la impresión de un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan contrastar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos de la Administración Pública, órgano o entidad emisora». En la actualidad dicha previsión referida a documentos administrativos se recoge en la letra c) del apartado 3 del artículo 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En base a tales consideraciones esta Dirección General consideró en la Resolución de 1 de octubre de 2015 que incluso los asientos del Registro pueden autorizarse con firma electrónica, surtiendo esta los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita y debiendo trasladarse el contenido firmado electrónicamente con el correspondiente código que permita su verificación a los libros del Registro llevados en la forma dispuesta por los artículos 238 a 240 de la LH, sin necesidad de que tengan que firmarse los asientos adicionalmente en forma manuscrita.

El Registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores son de plena aplicación al supuesto de los documentos judiciales generados electrónicamente y dotados de código seguro de verificación. Así resulta del artículo 230 de la LEC y de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia.

Resolución de 1-3-2017
(*BOE* 17-3-2017)
Registro de la Propiedad de Rivas-Vaciamadrid

TRANSACCIÓN JUDICIAL: TÍTULO INSCRIBIBLE. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: CIRCUNSTANCIAS DEL TÍTULO.

Se plantea nuevamente la cuestión de si un acuerdo transaccional homologado judicialmente tiene la consideración de título inscribible en el Registro de la Propiedad. En las Resoluciones más recientes sobre la materia se ha sentado una doctrina más restrictiva, tendente a considerar fundamentalmente el aspecto de documento privado del acuerdo transaccional, por más que esté homologado judicialmente. En este sentido, cabe citar la Resolución de 9 de julio de 2013, en cuyo fundamento de Derecho tercero se afirmó 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 solutorio alcanzado y están obligados, por tanto, a darle cumplimiento. Si bien es cierto que en virtud del principio de libertad contractual es posible alcanzar dicho acuerdo tanto dentro como fuera del procedimiento judicial ordinario en el que se reclamaba la cantidad adeudada, no lo es menos que el mismo supone una transmisión de dominio que material y formalmente habrá de cumplir los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su inscripción en el Registro de la Propiedad». En el caso objeto de recurso se ha llegado a un acuerdo transaccional entre las partes de un procedimiento de liquidación de gananciales. En el supuesto de este expediente no estamos en presencia de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como ya se ha señalado, la transacción homologada por el juez constituye un título que lleva aparejada la ejecución (arts. 1816 del Código Civil y 415.2 y 517.1.3.a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Resolución de 2-3-2017
(*BOE* 17-3-2017)
Registro de la Propiedad de La Rinconada

OBRAS NUEVAS: GEORREFERENCIACIÓN. OBRAS NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Para inscribir cualquier edificación terminada, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Además, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el Registro 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.

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. Además solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada.

Las dudas que en tales casos puede albergar el Registro han de referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra

base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Además siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del Registro, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, las dudas de la Registradora se basan en la posible existencia de un título de reparcelación no inscrito. Conforme al artículo 5.2 del RD 1.093/1997, de 4 de julio, la nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres a instancia de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora, por tanto, transcurrido el plazo de su vigencia la nota marginal carece de toda virtualidad jurídica y no debió ser tomada en consideración por la Registradora en su calificación. De las circunstancias del expediente no resulta acreditada gráficamente la invasión de dominio público, sino una mera sospecha o indicio, ni se hace referencia a cuáles puedan ser las fincas colindantes afectadas por la invasión, sin que conste en qué forma les afectaría la rectificación pretendida o qué elementos o circunstancias fácticas de las fincas (situación, linderos, etc.) llevan a tal conclusión.

Cuando consta en el Registro la naturaleza rústica de una finca, y no se acredita el cambio de naturaleza a urbana ni la nomenclatura y número de la calle en que se ubica (conforme prescribe el art. 437 del RH), no puede apreciarse si los documentos aportados, relativos a una finca urbana, se corresponden con la finca registral, de naturaleza rústica. Y tampoco puede estimarse acreditada la nueva naturaleza y datos descriptivos de la finca por la mera aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica de una parcela cuando a juicio del Registro no queda acreditada la correspondencia de la finca (cfr. Resoluciones de 18 de octubre y 12 de noviembre de 2012 y 21 de enero de 2014). Por tanto, no quedando acreditada la correspondencia con la certificación catastral aportada, esta no es no es hábil para justificar las modificaciones descriptivas y la antigüedad de la edificación, lo que es requisito ineludible para la inscripción de la declaración de obra nueva de conformidad con el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo.

Resolución de 6-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Granada, número 5

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS ANTERIORES A LA LEY 13/2015.

La disposición transitoria única, titulada «procedimientos iniciados bajo la anterior regulación», de la Ley 13/2015, de 24 de junio, dispone lo siguiente: «Todos los procedimientos regulados en el Título VI de la LH, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior. A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la Propiedad». En el presente caso no se pretende propiamente la inmatriculación de una nueva finca, sino la constatación de un

exceso de cabida conforme a lo previsto en el párrafo primero del artículo 298.3 del RH, antes citado. Dicho precepto, aplicable antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, permitía el acceso al Registro de excesos de cabida cumpliendo los requisitos para la inmatriculación de fincas, es decir, un doble título traslativo o un título traslativo complementado con acta notarial de notoriedad, que es el supuesto que nos ocupa.

Como se ha reiterado por esta Dirección General, la participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Dirección General en Resolución de 5 de marzo de 2012, en materia de notificaciones a realizar en este tipo de procedimientos debe acudirse al RN que establece, en el último párrafo del artículo 202, que «la notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo». Según ha quedado expuesto, en el caso de este expediente no puede considerarse debidamente cumplido lo dispuesto en el artículo 202 del RN, puesto que no cabe afirmar que el Notario haya agotado todas las vías de notificación posibles a los colindantes, al realizarse un único intento de notificación personal y no realizarse un segundo intento mediante notificación por correo con acuse de recibo, según prescribe la norma.

En cuanto a las dudas de identidad de la finca, el artículo 298.3 del RH preveía que «será indispensable que no tenga el Registrador dudas fundadas sobre la identidad de la finca, tales como aparecer inscrito con anterioridad otro exceso de cabida sobre la misma finca o tratarse de finca formada por segregación, división o agrupación en la que se haya expresado con exactitud su superficie». Es también cuestión reiterada por este Centro Directivo que dichas dudas deben expresarse en la nota de calificación y que las mismas no deben ser arbitrarias, genéricas, o meramente temerarias, sino que deben estar fundamentadas debidamente —evitando así la indefensión del particular—. Por tanto, la única forma de lograr la inscripción de la rectificación pretendida será despejar tales dudas, acudiendo a alguno de los procedimientos que específicamente se prevén en la LH para la rectificación de la descripción de fincas, una vez vigente la Ley 13/2015, de 24 de junio, en los que cobra especial relevancia la representación gráfica de la finca, aportando una mayor certeza a la descripción del inmueble.

Resolución de 6-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4

PRINCIPIO DE ROGACIÓN: DESISTIMIENTO DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

Hay que partir de uno de los principios básicos del sistema registral español: el principio de rogación. Si bien, con carácter general, la inscripción es voluntaria y la voluntad del interesado se circunscribe a poner en marcha el proceso registral, que se rige por normas imperativas, el interesado puede intervenir en ciertas fases del proceso, como por ejemplo, desistiendo del asiento de presentación. La posibilidad de desistir del asiento de presentación la recoge el artículo 433 del RH.

De la interpretación literal del propio artículo 433 del RH (primer criterio hermenéutico que debe seguirse según el Código Civil) parece claro que no se requiere, para desistir, la solicitud conjunta del presentante y los interesados, (la dicción literal del artículo es «el presentante o los interesados») lo que lleva a plantearse si «los interesados» debe entenderse en el sentido de que se requiere para desistir el concurso de todos los que pudieran tener algún interés en el documento presentado o de cualquiera de ellos indistintamente. Respecto del concepto de «interesado», debe entenderse que lo es el interesado por cuya orden actúe el presentante, dado que, si el desistimiento puede solicitarlo el presentante, que de conformidad con el artículo 39 del RH se considera comprendido en el apartado d) del artículo 6 de la LH, conforme al cual ostenta la representación de cualquiera de los citados en el mismo artículo, es evidente que también el representado puede solicitarlo. Pero para ello será preciso, en el presente expediente, que se acredite que el presentante es representante únicamente del transmitente y no del adquirente. En defecto de esta acreditación se requiere el consentimiento de todos los interesados.

Resolución de 7-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Albacete, número 3

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN SIN LICENCIA POR ANTIGÜEDAD.

El control registral del cumplimiento de la legalidad urbanística en los actos de parcelación, se concreta, ordinariamente, en la exigencia de acreditación de la licencia o declaración de innecesariedad. Ahora bien, este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de estudiar el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro, en este caso el año 2016, de un documento público que acredita la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha, en que la legislación aplicable no exigía licencia para las mismas o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales.

Esta Dirección General en su Resolución de 17 de octubre de 2014 reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el Registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Por lo que, a falta de una norma que declare expresamente la nulidad radical del acto jurídico de segregación sin licencia —cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2006— o un pronunciamiento judicial en tal sentido —*vid.* Sentencia de la Sala Primera del TS de 11 de junio de 2010—, este tratamiento registral es compatible con la eficacia civil y situación consolidada del acto jurídico, en principio, desde el punto de vista urbanístico, por razón de su antigüedad.

Por lo que se reitera la doctrina de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015 y 5 de mayo de 2016, en el sentido de que para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley de Suelo estatal —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de inne-

cesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo. Declaración administrativa que no resulta acreditada en el presente supuesto.

Resolución de 7-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Leganés, número 2

SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: PLAZOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

En cuanto al segundo de los defectos apuntados, es decir, que la Sentencia ha sido dictada en rebeldía de la parte demandada y no consta el transcurso del plazo previsto para la revisión de la Sentencia, tal cuestión ha sido ya resuelta con criterio uniforme por este Centro Directivo (Resolución de 21 de mayo de 2015) al entender que dictada la Sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia Resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone: «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». Es decir, aun cuando conste acreditado en tiempo y forma la firmeza de la Resolución, es aplicable la doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») según la cual, cuando una Sentencia se hubiera dictado en rebeldía es preciso que, además de ser firme, haya transcurrido el plazo del recurso de audiencia al rebelde.

Resolución de 8-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Ponferrada, número 3

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO: CASOS EN LOS QUE HAY INTERRUPCIÓN.

No hay ninguna duda de que la calificación se realizó dentro de plazo pues el documento fue presentado en el Registro el día 21 de octubre de 2016, y se aportó el día 10 de noviembre de 2016 una instancia privada complementaria, siendo calificado el día 21 de noviembre de 2016, es decir, a los siete días hábiles de haberse aportado dicho documento complementario.

En este sentido debe indicarse que pese a ser un documento presentado en el Registro de la Propiedad correspondiente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio (el 1 de noviembre de 2015), debe aplicarse la disposición transitoria única que establece que los expedientes regulados en el título VI de la LH iniciados en el momento de la entrada en vigor de la citada norma deberán continuar su tramitación conforme a la normativa anterior.

Se impone una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción. 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 (cfr. Resoluciones de 18 de marzo de 2000, 17 de febrero de 2012 y 2 y 23 de octubre de 2014). Esta doctrina, además, ha sido elevada a rango legal por la Ley 13/2015, de 24 de junio, que da nueva redacción al artículo 208 de la LH. 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 tal caso sí que existe auténtica interrupción del tracto y por tanto, posibilidad teórica de acudir para solventarlo, tanto al expediente de dominio. Tampoco se aprecia a priori, ni se ha invocado por los recurrentes, la existencia de extraordinaria dificultad para la elevación a público de la documentación.

Resolución de 9-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3

LEGADOS: ENTREGA. SUSTITUCIONES HEREDITARIAS: ACREDITACIÓN DE SU INEFICACIA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: JUICIO DE SUFICIENCIA EN CASO DE AUTOCONTRATO.

Respecto al primer defecto señalado, esto es la falta de acreditación de que la herencia se ha distribuido en legados, en la escritura se manifiesta que ante las renuncias de todos los herederos, no quedan más que los legatarios y por lo tanto pueden tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada.

Como ha recordado este Centro Directivo en Resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en favor del legatario. Debe tenerse en cuenta que, en este concreto expediente, la causante ordenó en su testamento un llamamiento a título de herencia en el remanente, por lo que no hay base alguna para especular, tal y como hace el recurrente y al menos en el reducido marco en el que se desenvuelve el recurso contra la calificación registral, que la herencia se ha distribuido íntegramente en legados. En el caso de que hubiera otros bienes de la herencia, serían llamados los herederos abintestato ante la renuncia de todos los sustitutos testamentarios. En consecuencia, siendo que el llamamiento testamentario ha quedado vacante, serían llamados los herederos abintestato y, por lo tanto, debe aplicarse la regla general de que la entrega deben hacerla los herederos, salvo que se acreditase de forma indubitada que toda la herencia se ha distribuido en legados.

De lo establecido en el artículo 82 del RH se desprende lo siguiente: 1.º) Que, a efectos registrales, que son los que contempla el RH, no es suficiente la mera manifestación «para hacer constar la ineficacia del llamamiento sustitutorio», por cuanto ambos párrafos se refieren a la «acreditación» del hecho; 2.º) Que el Reglamento admite el acta de notoriedad tramitada conforme al RN como medio adecuado para acreditar tal ineficacia, que cuando se trate de un «hecho», es en este caso un hecho negativo, pues consiste en acreditar la inexistencia de los descendientes

llamados como sustitutos vulgares para así dar paso al derecho de acrecer; 3.º) Que 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 RN, por la vía del artículo 209; 4.º) Que 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. No debe confundirse lo anteriormente expuesto con lo afirmado por este Centro Directivo, cuando comparecen sustitutos descendientes, siendo efectivo el llamamiento sustitutorio, en cuyo caso no es necesario acreditar que haya más descendientes. Como ha dicho este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 4 de mayo de 1999 y 29 de enero de 2016), no puede ser estimada la exigencia de que debe acreditarse la inexistencia de otros descendientes a los designados en los respectivos testamentos.

Por lo que se refiere al defecto señalado sobre la falta del juicio de suficiencia hecho por el notario. Previamente, hay que decir que, tanto en la nota de calificación como en el escrito de recurso, se acepta y no se cuestiona que hay conflicto de intereses en cuanto a la entrega del legado, pues inicialmente debió hacerse esa entrega por los herederos. El Notario debe emitir su juicio relativo a la suficiencia de las facultades representativas para el acto concreto que autoriza, bien especificando cuál sea este o bien incluyendo otra reseña, siquiera mínima, de facultades. El Registrador, por su parte, calificará la concurrencia de los dos requisitos y también la congruencia de ese juicio notarial con el acto o negocio jurídico documentado. Por ello, el Registrador debe suspender la inscripción por falta de congruencia del juicio notarial acerca de las facultades representativas del apoderado o representante si el Notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas. A efectos de la calificación de la congruencia, siempre será necesario que, en caso de resultar conflicto de intereses del contenido del título, conste la expresión, por parte del Notario, de la existencia de la licencia, autorización o ratificación del «*dominus negotii*», salvo que la calificación sea impugnada y el recurso verse sobre la existencia misma de la autocontratación o del conflicto de intereses.

Por último, en lo que concierne al hecho de que el documento se haya inscrito en el Registro de otro distrito, como ha reiterado asimismo esta Dirección General, 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.

Resolución de 9-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Madrid, número 11

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DESTINO DEL SOBRANTE.

Es cierto que en el procedimiento de ejecución directa nada impide reclamar al deudor por todo lo debido al acreedor, aunque exceda de la cifra de respon-

sabilidad hipotecaria, pero siempre que no existan terceros con cargas inscritas con posterioridad, ya que en tal caso la cifra de responsabilidad hipotecaria actúa como límite. Respecto a la posibilidad de utilizar el exceso la cobertura hipotecaria correspondiente a uno de los conceptos para garantizar la deuda correspondiente a otro concepto, esta Dirección General ha manifestado que el Registrador debe comprobar que en ninguno de los conceptos se ha sobrepasado la cantidad asegurada, pues la cantidad sobrante por cada concepto ha de ponerse a disposición de los titulares de asientos posteriores.

No obstante, ha tenido ocasión de manifestar esta Dirección General (Resoluciones de 12 de abril de 2000, 20 de febrero y 23 de septiembre de 2002, 8 de noviembre de 2012 y 11 de marzo de 2014), que cuando los artículos 132 y 133 de la LH y 692.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aluden al depósito de la cantidad sobrante a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado, se están refiriendo a los titulares de derechos posteriores al que se ejecuta y que constan en el procedimiento, bien por la certificación de cargas, bien porque, advertidos por la nota de expedición de esta última, han comparecido por su propia iniciativa para hacer valer sus derechos sobre el eventual sobrante; por tanto, no habiendo derechos posteriores al ejecutado según la certificación registral y no habiendo comparecido en el proceso los titulares de derechos inscritos después de la nota de expedición de certificación de cargas, el juez actúa correctamente entregando el sobrante al ejecutado.

Resolución de 10-3-2017
(*BOE* 23-3-2017)
Registro de la Propiedad de Badajoz, número 1

CONCURSO DE ACREEDORES: CONCURSO CON INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA.

La regulación de lo que la doctrina ha venido en denominar «concursos sin masa», ha sido objeto de especial atención en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. El artículo 176.1.3.º de la Ley Concursal señala que en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa, procederá la conclusión del concurso y el archivo de las actuaciones. El artículo 176 bis.4, prevé la posibilidad de que, en el mismo auto de declaración de concurso, se acuerde su conclusión por insuficiencia de masa, siempre que se den los requisitos necesarios, esto es, cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento, ni sea previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros. Las consecuencias de tal declaración en el supuesto de que el deudor sea una persona jurídica, las establece el artículo 178.3 de la Ley Concursal.

Pero, como también ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, esto no significa que se produzca una extinción, vía condonación, de las deudas de la sociedad, ni que los bienes que permanezcan a nombre de la sociedad pasen a ser *«res nullius»*. Esta postura ha sido así mismo seguida por este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992, 15 de febrero de 1999, 14 de febrero de 2001, 29 de abril de 2011, 17 de diciembre de 2012 y la más reciente de 14 de

diciembre de 2016, manteniendo que incluso después de la cancelación persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular. La práctica judicial ha determinado el ámbito de aplicación del artículo 178.3 de la Ley Concursal, en la dirección de asimilar la situación de la persona jurídica a la de la persona física haciendo extensible a la primera la posibilidad de que los acreedores puedan reclamar el pago de sus deudas.

En definitiva una interpretación sistemática y congruente con la subsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad extinguida conduce a considerar que no hay inconveniente para que el acreedor inicie o en su caso continúe ejecuciones singulares en reclamación de sus deudas, ya que de no considerarse así se produciría una exoneración del deudor persona jurídica como consecuencia de la extinción, con el siguiente perjuicio a los acreedores y el correlativo beneficio para los socios que recibirían los bienes y derechos que aun figurasen en el activo libres de deudas.

En el supuesto de este expediente, la sociedad tenia, según se recoge en el citado auto, un crédito hipotecario con la entidad «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.», de 10.117.285 euros que gravaba las dos fincas de que es titular. Una vez finalizado el concurso, la entidad acreedora alcanza un acuerdo con la sociedad deudora de forma que esta se obliga a reintegrarle las cantidades obtenidas mediante la venta de las fincas, procediendo a condonar el resto de la deuda. La cancelación y la venta posterior se instrumentan en distintas escrituras otorgadas en igual fecha y con números de protocolo sucesivos, no obstante existe un negocio jurídico complejo destinado a cancelar el préstamo hipotecario a cambio de la transmisión del inmueble.

Del artículo 179.2 de la Ley Concursal resulta que si tras la finalización del concurso concluido por liquidación o insuficiencia de masa, se produjera la aparición de nuevos bienes o derechos, habrá lugar a su reapertura del concurso. Lo mismo sucederá conforme al apartado 3 de este mismo artículo, en el caso de concursos concluidos por insuficiencia de masa, cuando se den los presupuestos precisos para el ejercicio de acciones de reintegración o la posible calificación de culpabilidad del concurso. En este caso, la finca consta inscrita a nombre de la entidad concursada con anterioridad a la declaración del concurso. La cancelación previa, pero íntimamente ligada a la venta, se encuadra dentro de las operaciones liquidatorias que deben llevarse a cabo por la administración de la sociedad. Resulta evidente que no habría cancelación si el acreedor hipotecario no hubiera percibido el importe de la venta esto es, si no se hubiese efectuado la enajenación cuestionada. Por lo que la inscripción o la suspensión o denegación de su acceso a los libros del Registro, debió efectuarse de forma conjunta. Tampoco sirve de argumento en contrario que la venta se produzca a favor de un tercero y no del propio acreedor. Toda la operación cuenta con la intervención y el consentimiento del acreedor hipotecario con privilegio especial.

La definitiva desaparición de la sociedad, como se ha expuesto anteriormente, solo se producirá cuando la cancelación registral prevista en el citado artículo responda a la situación real; o sea, cuando la sociedad haya sido liquidada en forma y se haya satisfecho a los acreedores y no quede patrimonio sin repartir. Surge entonces un nuevo obstáculo derivado del vacío legal consistente en determinar quién y en que concepto debe proceder a la liquidación. El problema es conciliar la personalidad controlada que mantiene la sociedad en orden a su extinción material cuando quedan bienes o derechos a favor de aquella, con su adecuada representación. En conclusión, el vacío legal existente en torno a la

forma de proceder a la liquidación patrimonial, requiere buscar una solución que salvaguarde por un lado los legítimos intereses de los acreedores y por otro los de los socios, facilitando al mismo tiempo la operatividad de la sociedad y su representación hasta la extinción material de la misma.

En esta situación, con la sociedad disuelta, sin que se haya efectuado por el juez del concurso el nombramiento de administrador concursal y habiendo cesado las limitaciones a las facultades del deudor, la situación es equiparable a aquellas en que la junta social no ha designado liquidador alguno, lo que por otra parte en este caso no podría efectuarse ya que la sociedad se ha extinguido en sede concursal. La consecuencia ha de ser, por tanto, la conversión automática de los anteriores administradores en liquidadores de forma que el último administrador con cargo inscrito sea quien, actuando como liquidador, mantenga su poder de representación, si bien limitado, como sucede con la personalidad de la sociedad, a las operaciones de liquidación. Para ello deberá proceder conforme a la regulación establecida en la Ley de Sociedades de Capital. Para la inscripción en el Registro de la Propiedad de las operaciones liquidatorias que afecten a los inmuebles que, como en este supuesto, permanezcan en el haber social será necesario además que se acredite que no se ha solicitado la reapertura del concurso conforme a lo dispuesto en el artículo 179 de la Ley Concursal.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.ª DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 16-1-2017
(*BOE* 07-02-2017)
Registro de Bienes Muebles de Palma de Mallorca

HIPOTECA NAVAL. CANCELACIÓN. CONCURSO.

La Resolución plantea cuál debe ser el momento en el que se produce el vencimiento anticipado de las obligaciones garantizadas con hipoteca naval en caso de concurso, a la luz de las diferentes normas aplicables (Ley de Hipoteca Naval de 1893, Ley de Navegación Marítima de 2014, Ley Concursal, LEC) para concluir que esta cuestión no resulta determinante para la Resolución del expediente en cuestión. Del mismo modo aborda el problema relativo a la determinación del Derecho aplicable a las hipotecas sobre el buque y prescripción de la acción hipotecaria. No da tampoco respuesta concluyente, señalando que, tanto si se sigue un criterio de irretroactividad absoluta —10 años desde que la acción pudo ejercitarse conforme a la Ley de 1893— como relativa —3 años desde la entrada en vigor de la Ley de 2014—, en el caso que nos ocupa no se habría cumplido ninguno de los dos plazos, por lo que no puede, afirmarse que la acción haya prescrito.

Por último aborda la cuestión concreta planteada en el caso relativa a la cancelación registral de la hipoteca, supuesto para el cual existe una norma específica en el artículo 142.2 de la Ley de Navegación Marítima que dispone que «el titular registral del buque podrá solicitar la cancelación por caducidad de la inscripción

de hipoteca, transcurridos seis años desde el vencimiento, si no consta que ha sido novada, interrumpida la prescripción o ejercitada la acción hipotecaria». Este precepto no se refiere propiamente a la prescripción sino a una cuestión puramente registral de caducidad del asiento. Mientras que en la regulación anterior (Ley de 1893) las inscripciones de hipoteca naval solo podían ser canceladas por consentimiento del acreedor o por auto o Sentencia firme. Por ello el precepto no puede aplicarse de manera automática respecto de las hipotecas constituidas con anterioridad a su entrada en vigor sin un potencial quebranto de la seguridad jurídica, pues podría implicar la cancelación de hipotecas respecto de las cuales aún no hubiera prescrito la acción hipotecaria. Solo será aplicable transcurridos seis años desde la fecha de entrada en vigor de la Ley (esto es, 25 de septiembre de 2020), sin perjuicio, lógicamente, de poder obtenerse la cancelación conforme a la normativa anterior, esto es, con consentimiento del titular registral o Resolución judicial, que declare, por ejemplo, la prescripción de la acción.

Para que el Registrador pueda inscribir un documento que afecte a un bien cuyo titular se encuentra en situación concursal, no es necesario que conste previamente inscrito o anotado el documento judicial que declara esta situación. Aunque la publicidad que establece el artículo 24 LC es obligatoria, la anotación o inscripción registral del concurso no tiene carácter constitutivo, pues los efectos del concurso se producen desde el mismo momento en que se dicta el auto que lo declara, dado que la fe pública registral no ampara las situaciones relativas a la capacidad de las personas.

Resolución de 17-1-2017
(*BOE* 07-02-2017)
Registro Mercantil de Barcelona X

TRASLADO DE DOMICILIO. DEPÓSITO DE CUENTAS. CALIFICACIÓN.

Expedida la certificación de traslado de domicilio social se produce el cierre del Registro de origen para trasladar al Registro de destino todas las inscripciones relativas a la sociedad. El cierre tiene una vigencia de seis meses, transcurridos los cuales sin que se haya recibido el oficio del Registrador de destino acreditativo de haberse practicado la inscripción en dicho Registro, el Registrador de origen por medio de nueva diligencia procede de oficio a la reapertura del Registro. Recibida por el Registro de origen comunicación procedente del Registro de destino de que la sociedad ha quedado inscrita en dicho Registro, la competencia y registro legitimado para calificar y practicar el depósito de cuentas es aquel en el que la sociedad figura inscrita.

Resolución de 18-1-2017
(*BOE* 07-02-2017)
Registro Mercantil de Barcelona IV

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA.

La regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún

asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Las consecuencias de este cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirles. Y ello aunque el cese se produjera, en fecha anterior a la constancia en el Registro de la baja en el Índice de Entidades, puesto que la calificación debe realizarse sobre la base de lo que resulte del título y de la situación que conste en el Registro en el momento de la presentación de aquel.

Por otra parte, el nombramiento de administrador, que implica el cese del anterior, debe presentarse al Registro en el plazo de 10 días siguientes a la aceptación (art .25.2 LSC); la inscripción debe solicitarse dentro del mes siguiente al otorgamiento de los documentos necesarios para procurarla (art. 83 RRM); los administradores, sin distinguir si son los salientes o entrantes, están obligados a presentar en el Registro Mercantil, dentro de los ocho días siguientes a la aprobación del acta, testimonio notarial de los acuerdos inscribibles, (art. 26.3 CCom.). Las consecuencias perjudiciales que se deriven del incumplimiento legal deben ser soportadas por los que están obligados a procurar la inscripción.

Resolución de 19-1-2017
(*BOE* 07-02-2017)
Registro Mercantil de León

ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS ESTATUTARIAS PARA SU ADOPCIÓN.

Se pretende el depósito de unas cuentas anuales cuya aprobación se efectuó con el acuerdo de dos de los únicos tres socios (dos tercios de capital, por consiguiente) cuando los estatutos exigen que los acuerdos sociales deben adoptarse con el voto favorable del 70% de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital.

Los estatutos de la sociedad constituyen su norma suprema, por lo que no puede entenderse aprobado el acuerdo si no cuenta con el voto favorable de la mayoría prevista estatutariamente. Y ello con independencia de que la situación de hecho de la sociedad pueda hacer imposible la adopción del acuerdo, sin perjuicio de que esa situación de bloqueo pueda ser causa de disolución.

No puede admitirse la alegación de abuso de derecho por parte del socio que votó en contra del acuerdo pues su apreciación corresponde a los tribunales en el correspondiente procedimiento contradictorio.

Resolución de 30-1-2017
(*BOE* 16-02-2017)
Registro Mercantil de Las Palmas II

ASIENTO DE PRESENTACIÓN. DENEGACIÓN. RECURSO. ARTÍCULO 111 RRM.

Existe presentado un documento relativo a cese y nombramiento de presidente del Consejo en base a certificación expedida por el secretario inscrito

con el visto bueno del presidente ahora nombrado, y se presenta ahora un escrito del presidente cesado oponiéndose a que se practique la inscripción de aquel por falta de autenticidad del nombramiento. El Registrador deniega la práctica de asiento de presentación de este escrito por no contener acto alguno inscribible.

La negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más que puede ser impugnada mediante el mismo recurso (arts. 322 y sigs. LH) que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento, siendo el objeto del recurso exclusivamente la decisión sobre si procede o no la práctica del asiento de presentación. Solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación.

El supuesto de oposición fundada en el artículo 111 RRM requiere un previo asiento de presentación relativo al nombramiento de un cargo con facultad certificante (que no es el caso contemplado, en que se pretende el nombramiento de presidente) y una respuesta por parte del que existe inscrito, que no da lugar a otro asiento de presentación, sino que se integra en el procedimiento iniciado por la solicitud de la inscripción de aquel. Por otra parte, no cabe que la mera alegación de falta de autenticidad o validez impida la práctica del asiento solicitado, sino que la tacha alegada debe ser debidamente acreditada.

En el caso analizado, el documento que se ha presentado no es susceptible de asiento de presentación independiente, puesto que no motivará ningún asiento registral. Pero debe presentarse como complementario en el asiento de presentación que motivó la escritura de cese y nombramiento, puesto que deberá ser tenido en cuenta para el despacho de esta. Si el Registrador la inscribe porque considera que el segundo documento aportado no afecta al primero, el interesado, que es quien aporta este segundo documento, podrá solicitar judicialmente la rectificación del Registro. Si no inscribe por entender que pone en cuestión la autenticidad del primero, el interesado en la inscripción del primer documento, puede acudir en recurso ante esta Dirección General, sin perjuicio de los demás recursos que la legislación le permite entablar.

Resolución de 6-2-2017
(*BOE* 28-02-2017)
Registro Mercantil de Navarra

OBJETO SOCIAL. DETERMINACIÓN.

La Resolución reseña doctrina anterior relativa a este tema. En el supuesto contemplado concluye que no es una expresión indeterminada la de que, tras la concreción de las actividades que integran el objeto social, los estatutos añaden que este se extiende a las actividades preparatorias, complementarias, derivadas y auxiliares de las que lo constituyen.

A pesar de que resalta que la escritura no ha sido correctamente redactada en cuanto a la intervención, considera que no debe impedir la inscripción el hecho de que el compareciente interviene no solo en representación de otra persona sino también en nombre propio, si del conjunto del documento resulta que lo está haciendo al aceptar el cargo de administrador.

Resolución de 7-2-2017
(*BOE* 28-02-2017)
Registro Mercantil de León

CUENTAS ANUALES. CIERRE REGISTRAL.

Mientras no se produzca el depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014, no procede el depósito de las correspondientes al ejercicio 2015. El hecho de que la recurrente ignore la circunstancia de que las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 no han sido objeto de depósito no desvirtúa la consideración anterior.

Resolución de 8-2-2017
(*BOE* 01-03-2017)
Registro Mercantil de Barcelona XIII

ADMINISTRADORES. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. COOPTACIÓN.

A falta de prohibición estatutaria, debe admitirse el nombramiento de administradores por cooptación para la provisión de las vacantes sobrevenidas cuando la junta general se haya reunido después de haberse producido las mismas y, a pesar de figurar en el orden del día el nombramiento de administradores, las haya dejado sin cubrir voluntariamente: bien por haber preferido de momento no nombrar administradores; bien por reducir el número de miembros del Consejo; o bien porque la Junta no se pronuncie sobre dicho asunto del orden del día. Por el contrario —y salvo el supuesto excepcional de producción de la vacante una vez convocada la Junta general y antes de su celebración, al que se refiere el artículo 529 decies de la Ley de Sociedades de Capital— debe rechazarse la autointegración del Consejo por cooptación si la Junta general no ha tenido la oportunidad de tratar la cuestión relativa al nombramiento de administradores por no figurar en el orden del día. En tal caso debe prevalecer la regla general de competencia de la Junta para tal nombramiento.

Resolución de 16-2-2017
(*BOE* 08-03-2017)
Registro Mercantil de Barcelona XVI

TRANSFORMACIÓN. PUBLICIDAD.

En cuanto al requisito de «publicación del acuerdo en uno de los diarios de gran circulación de la provincia en que la sociedad tenga su domicilio», aunque el Registrador puede apreciar la insuficiencia del medio empleado por el hecho de que el diario no sea de gran circulación, la calificación de tal extremo debe motivarse adecuadamente, según criterios objetivos, sin que pueda aceptarse una valoración puramente subjetiva. Y, por regla general, serán los tribunales los que se pronuncien sobre tal cuestión en caso de impugnación del acuerdo.

La publicación del acuerdo (o, en su caso, la notificación individual) no es necesaria respecto de los socios si el acuerdo se adopta por unanimidad, pero

sí respecto de los acreedores. No obstante, en aras de la simplificación y ahorro de costes, si en la escritura el administrador o persona competente para elevar a público manifiesta que se ha notificado a todos los acreedores y, atendiendo al tipo social también a los titulares de derechos especiales, o que la sociedad carece de ellos, no es necesaria la publicación en el BORME ni en diario. Pero la publicación, en su caso, nunca puede ser anterior a la fecha del acuerdo.

Resolución de 2-3-2017
(*BOE* 17-03-2017)
Registro Mercantil de Burgos

DISOLUCIÓN. DE PLENO DERECHO. REACTIVACIÓN.

Se presenta escritura de apoderamiento en relación a una sociedad en cuyo objeto social se contienen actividades que, a juicio del Registrador, deben entenderse incluidos en la esfera de la ley de Sociedades Profesionales. Al haber transcurrido el plazo legal para su adaptación a dicha ley, hace constar en la hoja social su disolución y deniega la inscripción del apoderamiento.

La Dirección General ya ha dictado Resoluciones en supuestos similares. La solicitud del recurrente de que se revoque la decisión del Registrador haciendo constar la disolución de pleno derecho, señala que no cabe en vía de recurso decidir sobre el asiento de cancelación ya realizado que está bajo la salvaguarda de los tribunales. El interesado puede acudir a los procedimientos de rectificación y, en su caso al juicio ordinario correspondiente.

Disuelta de pleno derecho la sociedad y cerrada su hoja como consecuencia de la aplicación directa de la previsión legal de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, no procede la inscripción del poder pretendido prescindiendo de dicha situación.

Cuando la sociedad está disuelta *ipso iure* por causa legal o por haber llegado el término fijado en los estatutos ya no cabe un acuerdo social sino que lo procedente, si se desea continuar con la empresa, es la prestación de un nuevo consentimiento contractual por los socios que entonces ostenten dicha condición.

El artículo 370 de la Ley de Sociedades de Capital lejos de imponer una liquidación forzosa contra la voluntad de los socios, se limita a delimitar el supuesto de reactivación ordinaria, al que basta un acuerdo social, de este otro que exige un consentimiento contractual.

Resolución de 1-3-2017
(*BOE* 17-03-2017)
Registro Mercantil de Las Palmas

CERTIFICACIÓN. ADMINISTRADORES.

Se deniega la solicitud de certificación de las sociedades en que determinada persona figure como administrador en todo el territorio nacional.

La Dirección resuelve que puede solicitarse la certificación solicitada, pero solo respecto del contenido del archivo que está a su cargo, no respecto de todo el territorio nacional y limitada igualmente a la fecha desde que los índices constan debidamente informatizados. Además, para poder expedirse información no por sociedad sino por persona, debe acreditarse al Registrador el interés legítimo

que lo justifique, puesto que la publicidad registral no puede consistir en dar conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas.

El artículo 30 del RRM que se refiere al índice informático no cita, como parte de su contenido, a las personas que ostentan cargos, pero precisamente su carácter informático desborda esta previsión. Señala la Resolución que el Servicio de Índices del Colegio se nutre de los datos proporcionados por los Registros, pero en ese caso la información solicitada se expide como nota simple informativa, no como certificación.

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El interés superior del menor y el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida*

The best interests of the child and the order of the surnames after the determination of the filiation without the agreement of the parents

Por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Procede el mantenimiento del primer apellido materno cuando ha sido con el que se inscribió desde su nacimiento al menor al no estar la filiación paterna determinada y en defecto de acuerdo entre los progenitores cuando esta se determina. El interés protegible del menor respecto al cambio del orden de los apellidos es con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar. Independientemente de la edad del menor y, por consiguiente, del tiempo que ha venido utilizando los apellidos.

ABSTRACT: The first maternal surname is maintained when it has been registered with the child since the birth of the child in the absence of the determined paternal affiliation and in the absence of agreement between the parents when it is determined. The protected interest of the child with respect to the change in the order of surnames

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de la contratación. Derecho de Daños», de cuyo equipo de investigación formo parte.

is that which is inscribed in the Civil Registry, and with which it has been identified since then in family, social or school life. Independently of the age of the minor and, consequently, of the time that has come using the surnames.

PALABRAS CLAVE: Apellidos. Orden. Interés superior del menor. Progenitores. Inexistencia de acuerdo.

KEY WORDS: Surnames. Order. Best interest of the child. Parents. absence of agreement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ANÁLISIS DEL DERECHO A LOS APELLIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. A. CARACTERES DEL DERECHO: 1. Los apellidos como un derecho de la personalidad. 2. Apellidos. Marco jurídico. 3. Modificación de los apellidos tras la inscripción del nacimiento. —III. EL ORDEN DE LOS APELLIDOS. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. —IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: 1. Interés superior del menor y la literalidad de la norma. 2. Criterios para determinar el superior interés del menor.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TJUE, TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VIII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Estamos ante el comentario jurisprudencial de un nuevo problema como es el del orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida que ha sido objeto de estudio en una nueva Sentencia plenaria del Tribunal Supremo, esta vez de 10 de noviembre de 2016[1], de la que ha sido ponente el magistrado D. Eduardo BAENA RUIZ, que también lo ha sido de las últimas Sentencias relativas al orden de los apellidos[2] donde la interpretación de la ley y del principio del interés superior del menor ha sido decisivo para sentar doctrina. Por eso hemos considerado conveniente detenernos en el análisis de toda la doctrina jurisprudencial existente sobre el tema.

Sentencias en las que se ha estimado el recurso de casación interpuesto por la madre, en un procedimiento en el que el padre ejercitó la acción de reclamación de la paternidad no matrimonial y *se planteó la cuestión del orden de apellidos de los hijos menores en los supuestos en los que se determina la filiación de manera sobrevenida y no existe acuerdo entre los progenitores*. El problema radica en si declarada la filiación paterna sobrevenida, debe de mantenerse el primer apellido materno con el que fueron inscritos los menores al tiempo de su nacimiento o si, por el contrario, procede su alteración con la determinación del primer apellido paterno.

En esta última Sentencia de 10 de noviembre de 2016 se recurre la dictada por la AP Córdoba el 12 de mayo de 2015[3] que confirmó la dictada en primera instancia y donde tras haberse estimado la demanda de reclamación de la paternidad no matrimonial del padre se había desestimado la pretensión de la madre de mantener como primer apellido el materno, por considerar que habiéndose presentado la demanda de reclamación de la paternidad apenas transcurridos

cuatro meses y medio desde el nacimiento, no podía sostenerse el uso social, escolar y familiar del apellido por los menores.

La cuestión tiene mucha importancia porque realmente nos encontramos ante un vacío legal que se ha solventado con el juego del principio general de derecho del interés superior del menor. Sentencia que ha establecido doctrina por lo que vamos a desarrollar en este comentario jurisprudencial.

II. ANÁLISIS DEL DERECHO A LOS APELLIDOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Caracteres del derecho a los apellidos como un derecho de la personalidad

El derecho de toda persona tanto al nombre como a los apellidos se configura como un derecho de la personalidad. Ambos son inherentes a la persona y se vinculan al derecho a la identificación personal, asunto de orden público, que reúnen una serie de caracteres a tener en cuenta para nuestro análisis. Así pues, podemos indicar que es un *derecho originario*, ya que se adquieren con el nacimiento de la persona y son *oponibles* a todo el mundo (*erga ommes*), el ser un *derecho subjetivo* otorga la facultad de actuar sobre los mismos de forma exclusiva.

Su naturaleza es *privada* porque están en la esfera del Derecho Civil, son *extrapatrimoniales* porque están fuera del comercio humano, e *indisponbibles* porque son de *orden público*, es decir la voluntad de la persona no puede crearlos, modificarlos, reglamentarlos, transmitirlos ni extinguirlos (*intransmisibles, irrenunciables, imprescriptibles)*. Pero, son *modificables*, y esta es la cuestión a analizar en el presente comentario jurisprudencial.

2. Apellidos. Marco jurídico

Los apellidos determinan la pertenencia de la persona a una familia, concretando el nombre individual y la plena identificación de la misma. Es una de las materias que más se han modificado en los últimos tiempos, tanto en su *asignación*, como en el *cambio* o el *establecimiento del orden* de los mismos. No solo se ha modificado su regulación en el Código Civil sino también en la regulación del Registro Civil.

Todos desde que nacemos tenemos derecho a ser identificados, recordemos lo dispuesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 2, 3 y 6) donde se proclama el derecho fundamental del hombre al reconocimiento de su personalidad jurídica. También la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que señala que «1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad» (art. 8).

Ni el Código Civil ni la Ley de Registro Civil conceptúa ni el nombre ni los apellidos de la persona, solo se refieren a su *establecimiento*. Así, la designación legal de la persona física consta de dos elementos: el nombre individual y el nombre de familia o patronímico constituido por los apellidos (y así se concreta en el artículo 109 del Código Civil, «La filiación determina los apellidos con arreglo a lo dispuesto en la ley»).

Así pues, la regulación de los apellidos aparece en el artículo 109 del Código Civil[4]. Posteriormente, en 1957, fue la Ley del Registro Civil la que se refirió a los

mismos en los artículos 53 a 62, bajo la rubrica «Del nombre y apellidos» en el Capítulo III de la Sección Primera —«De nacimientos en general»— del Título V —«De las Secciones del Registro»—. El desarrollo de los citados artículos se contemplaba en los artículos 192 a 219 y 365 del Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958.

La reforma sobre filiación del Código Civil, de 13 de mayo de 1981[5], modificó el párrafo 2.º del artículo 109 del Código, introduciendo como novedad que el primer apellido de las personas pudiera ser el materno, posibilitando además, que el hijo pudiera alterar el orden de apellidos, que puede ejercitar cuando quiera, una vez que alcance la mayoría de edad («el hijo, al alcanzar la mayor edad podrá solicitar que se altere el orden de sus apellidos»). Tradicionalmente se ha mantenido la primacía del apellido paterno sobre el materno y así se establecía en los artículos 53 y 55 de la Ley del Registro Civil (ver además el art. 194 RRC).

De esta manera tras la CE de 1978, el artículo 14 que declaró el principio de igualdad, y las normas internacionales anteriormente citadas, se modificó el régimen desigual de determinación de los apellidos, en cuanto podía encubrir alguna discriminación contra la mujer, que se había suavizado en la reforma indicada de 1981. Reforma que logró que el derecho personalísimo de los hijos al nombre y apellidos, pudieran invertir sus apellidos mediante su declaración de voluntad, a partir de la mayoría de edad. No obstante la inversión de los apellidos por iniciativa de los hijos menores no es posible ya que no puede ser ejercitado en su nombre por sus representantes legales. El uso de este derecho a invertir los apellidos solo se puede realizar una vez.

Posteriormente tuvo lugar otra modificación en el artículo 109 del Código Civil y en los artículos 54 y 55 de la Ley del Registro Civil[6], redacción conforme al artículo primero de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos que contempló la posibilidad de que el apellido de la madre se antepusiese al del padre en los apellidos de sus hijos. Modificación que configura el actual artículo 109 del Código Civil:

- Si la *filiación está determinada por ambas líneas*, el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la ley.
- El orden de los apellidos inscrito para el mayor de los hijos regirá en las inscripciones de nacimientos posteriores de sus hermanos del mismo vínculo.
- El hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos.

Los *hijos que solo tienen determinada una filiación* llevarán los apellidos de la madre o el padre, según los casos, pudiendo invertir la madre o el padre el orden los apellidos de su hijo que serán los suyos personales[7].

Respecto a los *hijos adoptados* se les aplica las mismas normas que a los hijos de filiación natural (art. 108 del Código Civil).

Cuando la filiación está determinada por ambas líneas la petición de anteponer el apellido materno al paterno se hará ante el propio Encargado del Registro Civil de su domicilio o donde se pretende inscribir y en el momento de presentar el formulario oficial que contiene la declaración y el parte facultativo de nacimiento. DE RAMÓN FORS considera que debería exigirse que se extienda acta para la constancia de que se ha pedido de común acuerdo, que se archivará con el título de la inscripción[8].

Si no existe acuerdo de la pareja, figurará el apellido del padre en primer lugar (art. 54 LRC). Y en todo caso el hijo, al alcanzar la mayor edad, podrá solicitar que se altere el orden de los apellidos (art. 109 del Código Civil), mediante solicitud del interesado en el Registro Civil correspondiente de su domicilio o donde conste su inscripción de nacimiento.

El régimen legal apuntado ha sido completado por la doctrina emanada de la Dirección General de Registros y del Notariado, bien mediante instrucciones generales —circulares— bien mediante las Resoluciones dictadas en distintos expedientes[9].

Posteriormente, el Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, ha modificado los artículos 192, 194 y 198 del Reglamento del Registro Civil[10].

Y la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, en su Disposición adicional segunda modifica el artículo 53 LRC indicando que «Las personas son designadas por su nombre y apellidos, correspondientes a ambos progenitores, que la Ley ampara frente a todos».

En resumen, en nuestro ordenamiento jurídico hasta toda esta serie de modificaciones los apellidos de la persona, que son dos, venían determinados, en primer lugar, por su filiación, siendo primero el primero del padre y segundo el primero de la madre, unidos ambos por la copulativa «y», a no ser que ambos decidan invertir el orden dicho.

Si la filiación está determinada solo respecto de un progenitor, el hijo toma los dos apellidos de aquel. Si la filiación conocida es la materna tan solo, cabe la inversión del orden de los apellidos del hijo.

No conociéndose ninguno de los progenitores, el encargado del Registro impondrá al nacido unos apellidos de uso corriente.

En algunos casos —apellidos contrarios al decoro o que ocasionen graves inconvenientes, desaparición de un apellido español—, los cambios se propician, requiriéndose, para otros, justa causa y ausencia de perjuicio de tercero.

¿Y cuál es la situación actual? Pues la *nueva* Ley 20/2011 del Registro Civil introduce una modificación en el orden de transmisión de los apellidos. Regula la atribución y el cambio del nombre y de los apellidos, en el Titulo VI, Capítulo Primero, Sección 2.ª, artículos 49 a 57.

El artículo 49.2 de la Ley dispone que «*La filiación determina los apellidos. Si la filiación está determinada por ambas líneas, los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.*

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor.

En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos. El progenitor podrá determinar el orden de los apellidos.

El orden de los apellidos establecido para la primera inscripción de nacimiento determina el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos con idéntica filiación. En esta primera inscripción, cuando así se solicite, podrán constar la preposición «de» y las conjunciones «y» o «i» entre los apellidos, en los términos previstos en el artículo 53 de la presente Ley.

En primer lugar, se fomenta el acuerdo de los padres antes de la inscripción registral cuando la filiación esté determinada por ambas líneas y, en caso de de-

sacuerdo o silencio, suprime la prevalencia del apellido paterno frente al materno. De esta manera el legislador, posibilita en el orden de apellidos el ejercicio del principio de igualdad. En caso de desacuerdo se acudirá a un acuerdo de consenso, otorgando la facultad decisoria al Encargado del Registro civil atendiendo al *interés del menor*.

Tengamos presente que la Ley 20/2011 del Registro Civil, desjudicializa la institución del Registro Civil, los Encargados de los Registros Civiles, no ejercen funciones jurisdiccionales, y están sometidos jerárquicamente al Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado de manera que la decisión de discrepancias en el orden de apellidos y, en general, la llevanza del Registro Civil, se encomienda en su escalón más elevado a un Cuerpo de funcionarios cualificados en materia de Registro Civil.

Pero también es importante señalar que el criterio rector que se debe tener en cuenta por el Encargado para decidir el orden de apellidos, es el principio del *interés superior del menor*. La cuestión radica en concretar *cuál es el interés del menor* en este punto. La doctrina propone que «podrían establecerse en sede reglamentaria algunos criterios del citado interés e incluso contemplar expresamente la posibilidad de que si el criterio del interés del menor no fuera determinante para decidir el orden, el Encargado pueda acudir a un procedimiento aleatorio»[11].

3. Modificación de los apellidos tras la inscripción del nacimiento

El Ministerio de Justicia[12] y en algunos casos el Encargado del Registro Civil el Juez de Primera Instancia pueden autorizar los cambios de apellidos, previo expediente.

Los cambios de apellidos afectan a los hijos lo que significa que el cambio gubernativo de apellidos alcanza a los sujetos a la patria potestad y a los demás descendientes que expresamente lo consientan (art. 61 LRC). Cambios de apellidos que solo producen sus efectos si se inscriben.

En el caso de *violencia de género* y como medida excepcional la mujer puede cambiar sus apellidos. Se otorga como un medio de protección para impedir su localización y la de sus hijos[13]. Así se modifican los artículos 21, 22 y 208 RRC para simplificar el procedimiento de autorización de cambio de apellidos y lograr, de modo urgente, el necesario auxilio a las víctimas. Cambio de apellidos que se incluyen en los supuestos de publicidad restringida. Estas medidas implican dotar de una nueva identidad a la mujer que ha sufrido violencia de género o a sus hijos y que esta nueva identidad no sea conocida por su agresor. Deberá acreditarse que quien alegue ser objeto de violencia de género ha obtenido alguna medida cautelar de protección judicial en el citado ámbito (art. 208 RRC).

III. EL ORDEN DE LOS APELLIDOS. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Tanto la Jurisprudencia de Derechos Humanos como la europea no han señalado nada al respecto del orden de los apellidos de menores tras la determinación de su filiación paterna, que es el supuesto que nos ocupa.

Sí se han referido a la discriminación existente en la imposición del apellido paterno en la STEDH de 16 de noviembre de 2004, que indicó que «no puede sostenerse para excluir que la situación no es discriminatoria, que la regulación legal, al introducir el ejercicio del derecho de opción, es más justa y menos dis-

criminatoria para la mujer que la situación anterior. Este argumento no excluye, en absoluto, que en la actual situación no se sigan produciendo situaciones de trato discriminatorio… No hay situaciones más o menos discriminatorias… y *la actual regulación basada en la preferencia del apellido paterno sobre el materno es claramente discriminatoria*»[14].

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 22 de diciembre de 2010[15], resuelve la cuestión prejudicial planteada sobre el artículo 21 TFUE en el marco del litigio suscitado entre una ciudadana austriaca residente en Alemania y el jefe de Gobierno del Land de Viena, en relación con la decisión de este último de rectificar la inscripción en el Registro Civil de su apellido adquirido en Alemania a raíz de su adopción por un nacional alemán. Se concluyó que la interpretación del artículo 21 TFUE no se opone a que las autoridades de aquel Estado puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de su nacional, según se determinó en el segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido.

El TJUE, si bien desde la óptica de la incidencia que puede tener en las libertades de que gozan los ciudadanos de la Unión Europea las distintas legislaciones nacionales que restringen o dificultan el reconocimiento de los apellidos de ese ciudadano conforme le son reconocidos en otro Estado miembro, ha declarado a modo de principio general que «…el apellido de una persona es un elemento constitutivo de su identidad y de su vida privada, cuya protección está consagrada por el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como por el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Aunque el artículo 8 de dicho Convenio no lo mencione expresamente, el apellido de una persona afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia» con cita, a su vez, de la jurisprudencia más destacada del TEDH, que es asumida.

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. Interés superior del menor y la literalidad de la norma

El *interés superior del menor* prevalece respecto de la literalidad de la norma. La Sentencia del Pleno de 2016 estima el recurso de casación, fundado sustancialmente en el *principio del interés superior de los menores*, y concluye que, en el supuesto examinado, procede el mantenimiento del primer apellido materno. Considera la Sala, con cita de otras Sentencias anteriores, que aunque la aplicación estricta de las normas vigentes al tiempo de dictarse la Sentencia recurrida determinen que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el de la madre, la respuesta, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor. Lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible del menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces,

en la vida familiar, social o escolar. Independientemente de la edad del menor y, por consiguiente, del tiempo que ha venido utilizando los apellidos. Cuestión que no ha sido resuelta ni por el legislador civilista ni por el del Registro Civil.

Por otro lado, como hemos venido indicando, el principio general de Derecho del interés superior del menor es el que inspira al legislador de la nueva Ley del Registro Civil, que aunque aún no ha entrado en vigor, está en línea con todo el Derecho de Menores, en este caso para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores. Tengamos en cuenta que el hecho de que esta nueva Ley no esté aún en vigor obedece a razones estructurales y organizativas del nuevo Registro Civil, pero «…no por *inexigibilidad de los principios que informan sus novedades sustantivas*» como dice la STS de 10 de noviembre de 2016. De *lege ferenda* y antes de su entrada en vigor debería recogerse la solución a estas cuestiones que hasta ahora no han sido objeto de regulación legal y tal vez, (como viene siendo habitual) adoptar el criterio que postula el interpretador del Derecho, que en este tema objeto de estudio se ha convertido en creador de un criterio definitivo e inamovible al que habrán de sujetarse todas las controversias que se susciten sobre este asunto, al haberse fijado doctrina jurisprudencial por el pleno (jurisprudencia vinculante).

Además el principio del interés superior del menor es de naturaleza de orden público y obliga a los tribunales a observarlo en todas las decisiones que adopten y afecten al menor. Hasta ahora la Ley no ofrecía elementos concretos para su determinación. Sin embargo, la reciente reforma de la LOPJM llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha introducido una serie de criterios generales —además de los que puedan establecer las leyes especiales— para determinar el interés superior en cada caso en concreto, junto a una serie de criterios, también generales para ponderar tales criterios, recogiendo así la jurisprudencia del TS y los criterios fijados por las normas internacionales antes apuntadas

El TS concluye que es necesario llevar a cabo una interpretación correctora —sentido y letra de la Ley son diferentes— de los artículos 109 del Código Civil, 55 LRC —vigente— y 194 RRC conforme a la cual, y en coincidencia con lo previsto en el artículo 49 de la *nueva* Ley del Registro, decidiendo el juez. LÓPEZ JARA concluye que «A igual solución podría haberse llegado si el Tribunal hubiese abordado el tema de la inconstitucionalidad del artículo 194 RRC por contrario a los principios de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Hubiera bastado con no aplicarlo y desplazarlo, al amparo del artículo 6 LOPJ y llevar a cabo una interpretación integradora del régimen jurídico regulador del derecho al nombre para diferir al juez la decisión en estos casos de falta de acuerdo en cuanto al orden de los apellidos»[16].

No obstante ya indicó el TC que es una norma registral dirigida a un *momento anterior a la inscripción registral del nacimiento,* pues es una opción que se concede a los padres antes de la inscripción *pero que también ha sido el régimen aplicado en los supuestos de determinación judicial de la filiación paterna*[17]. En el mismo sentido se encuentra la STC de 15 de octubre de 2012[18].

Recordemos que el artículo 49 de la Ley 20/2011, entrará en vigor salvo nuevos retrasos, el 30 de junio de 2017, y establece respecto de la filiación determinada por ambas líneas que «…*los progenitores acordarán el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral.*

En caso de desacuerdo o cuando no se hayan hecho constar los apellidos en la solicitud de inscripción, el Encargado del Registro Civil requerirá a los progenitores, o a quienes ostenten la representación legal del menor, para que en el plazo

máximo de tres días comuniquen el orden de apellidos. Transcurrido dicho plazo sin comunicación expresa, el Encargado acordará el orden de los apellidos atendiendo al interés superior del menor…».

Resulta que es el interés superior del menor el que inspira el legislador de esta Ley para resolver el orden de los apellidos en defecto de acuerdo de los progenitores, confiando que sea el Encargado del Registro Civil el que valore tal interés y asuma la decisión[19]. Ley que autoriza una interpretación correctora de la vigente, porque en los aspectos sustantivos la vigencia constitucional de los principios que la inspiran sí se encuentran en vigor, y además porque la DF 10.ª de la Ley motiva su largo periodo de *vacatio legis* cuando recoge que «Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia».

2. Criterios para determinar el superior interés del menor

El Tribunal Supremo ha utilizado una serie de criterios para determinar el *principio general del superior interés del menor*, en estos supuestos de establecer el orden de los apellidos sin acuerdo de los progenitores tras la determinación de la filiación de manera sobrevenida basándose en las líneas expuestas en la STC de 7 de octubre de 2013[20]. Así hemos observado del análisis de la jurisprudencia que aborda este tema que los criterios que objetivamente reflejan justamente el interés del menor se centran en que:

- La alteración del apellido paterno por el materno compromete el derecho fundamental a la propia imagen del menor al ser conocido socialmente con el primer apellido determinado desde su nacimiento.
- Resulta de notoria relevancia identificativa la existencia del primero de los apellidos en la vida del menor tanto en el ámbito familiar como escolar.
- Durante toda la vida del menor se le ha identificado por el primer apellido (el de la madre) en los ámbitos familiar, social y escolar.
- La ausencia de relaciones hasta el momento del menor con el padre y el hecho de que el menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre que no le beneficia.
- La edad del menor en el momento de otorgarse la filiación paterna frente al tiempo que había estado utilizando el apellido de la madre, teniendo en cuenta además, que a la finalización del procedimiento judicial y sus recursos tendrá cerca de seis años y que durante este largo periodo es conocido con el «nomen» primigenio tanto en el ámbito familiar como en el escolar y social[21].
- El interés del menor justifica que el primer apellido del mismo sea el de la madre y el segundo el del padre *que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad (*reclamación de filiación extramatrimonial)[22].

En consecuencia, el interés del menor determina que se debe continuar utilizando el apellido materno como primero del menor *para no alterar esa situación ya consolidada* ya que lo contrario podría causar trastornos en su vida diaria, tanto en su ámbito social como escolar.

También se hace referencia a los criterios en que se concreta el interés del menor en la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Observación que indica que al evaluar el interés superior del niño hay que tener en cuenta ponderando todos los elementos en juego: la edad y madurez del niño, el desarrollo físico, emocional, cognitivo y social del niño para evaluar su nivel de madurez, las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y su análisis a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño[23].

Lo interesante de la Sentencia de 10 de noviembre de 2016, es que el menor contaba con cuatro meses y medio de edad, y el TS ha considerado que la situación del menor ya está consolidada no siendo posible su alteración.

V. CONCLUSIONES

I. El interés superior del menor prevalece respecto de la literalidad de la norma. Se concluye que procede el mantenimiento del primer apellido materno ya que aunque la aplicación estricta de las normas vigentes al tiempo de dictarse la Sentencia recurrida determinen que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el primer apellido de un español es el primero del padre y el segundo el de la madre, la respuesta, sin embargo no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor.

II. La reclamación de paternidad ha sido tardía, sin embargo, aunque es un elemento relevante a considerar, no puede ser tenido como único y esencial.

III. Lo relevante no es el deseo del padre desde que tuvo lugar el nacimiento, por noble que fuese, sino cual será el interés protegible del menor al día de hoy respecto al cambio del orden de los apellidos con el que consta inscrito en el Registro Civil, y con el que viene identificado, desde entonces, en la vida familiar, social o escolar.

IV. Tras haberse inscrito el menor con el primer apellido de la madre, por ser la única filiación reconocida en ese momento, es patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

V. No se ha acreditado ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento.

VI. La cuestión que debe resolverse en estos supuestos no es tanto si existe perjuicio para el menor por el cambio de apellidos como si, partiendo del que tiene como primero, le sería beneficioso el cambio, de forma que el primero fuese el paterno y el segundo el materno. Al no constar ese beneficio no existe razón para alterar el primer apellido con el que se viene identificando el menor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AROZAMENA LASO, C.: Régimen legal del cambio de nombre y apellidos, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-89, tomo 2, Editorial La Ley (La Ley 2001, 11942).

DE RAMÓN FORS, I.: Orden de los apellidos y discriminación, en *Diario La Ley*, núm. 7233, Sección Doctrina, 3 de septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-273, Editorial La Ley. (La Ley 2009, 13580).

LINACERO DE LA FUENTE, M.: El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El artículo 49 de la nueva Ley del Registro Civil, en *Actualidad Civil*, Núm. 15-16, Sección A Fondo, septiembre de 2012, 1611, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 2012, 7823).

LÓPEZ JARA, M.: El orden de los apellidos en los supuestos de filiación determinada judicialmente. El superior interés del menor, *La Ley Derecho de familia*, núm. 9, Primer trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 2016, 46).

MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, A.: La mujer y sus apellidos de la alegría de trasmitirlos (Ley 40/1999), a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre (Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre), en *Diario La Ley*, Núm. 6974, Sección Doctrina, 24 de junio de 2008, Año XXIX, Ref. D-194, Editorial La Ley. (La Ley 2008, 17094).

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TEDH, TJUE, TC, TS Y AP) Y RESOLUCIONES CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STEDH de 16 de noviembre de 2004. Rec. 29865/1996 (La Ley 2004, 239775). Caso Ünal Tekeli contra Turquía.
- STJUE, Sala Segunda, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-208/2009. Ponente: ALLAN ROSAS (La Ley 2010, 213848). Litigio entre la Sra. Sayn-Wittgenstein, nacional austriaca que reside en Alemania, y el Landeshauptmann von Wien (Jefe de Gobierno del Land de Viena).
- STC, Sala Segunda, Sentencia 167/2013 de 7 de octubre de 2013, Rec. 614/2010. Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS. (La Ley 2013, 159499).
- STC, Sala Primera, Sentencia 176/2012 de 15 de octubre. 2012, Rec. 9876/2009. Ponente: Andrés OLLERO TASSARA (La Ley 2012, 162181).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 659/2016 de 10 de noviembre de 2016, Rec. 2191/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2016, 160582).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2015, Rec. 2923/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 8478).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 621/2015 de 12 de noviembre de 2015, Rec. 1493/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 163155).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 620/2015 de 11 de noviembre de 2015, Rec. 2446/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 163156).
- AP Córdoba el 12 de mayo de 2015 en el recurso 116/2015 (La Ley 2015, 105095), Ponente Sr. D. Pedro ROQUE VILLAMOR.
- RDGRN de 7 de diciembre de 2001 (La Ley 2001, 220981).
- RDGRN de 9 de septiembre de 2003 (La Ley 2003, 137323).

VIII. LEGISLACIÓN CITADA

- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (arts. 2, 3 y 6).
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. (art. 8).

- Código Civil (art. 109).
- Ley del Registro Civil 1957 (arts. 53 a 62).
- Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958 (arts. 192 a 219 y 365).
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
- Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.
- Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 20/2011 del Registro Civil.
- La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (*BOE* de 29 de diciembre de 2004).
- Real Decreto 170/2007 de 9 de febrero de modificación del Reglamento del Registro Civil (arts. 21, 22 y 208), en materia de protección a las víctimas de género mediante autorización de cambio de apellidos.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

NOTAS

[1] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 659/2016 de 10 de noviembre de 2016, Rec. 2191/2015. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 2016, 160582).

[2] STS, de 17 de febrero de 2015, Rec. 2923/2013, de 12 de noviembre de 2015, y de 11 de noviembre de 2015.

[3] AP Córdoba de 12 de mayo de 2015 en el recurso 116/2015 (La Ley 2015, 105095), Ponente Sr. D. Pedro ROQUE VILLAMOR.

[4] En la redacción *originaria* del Código Civil la atribución de los apellidos se determinaba en función de la clase de filiación, pudiendo distinguirse: apellidos de los hijos legítimos (art. 114 del Código Civil, los hijos legítimos tienen derecho: 1. «A llevar los apellidos del padre y de la madre»), apellidos de los hijos naturales, apellidos de los hijos legitimados y apellidos de los hijos ilegítimos *stricto sensu* y de personas de filiación desconocida (los hijos ilegítimos y de filiación desconocida, carecían del derecho a llevar el apellido de sus progenitores, el art. 55.2 LRC, indicaba que el Encargado impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinar»). Artículo modificado por la Ley de 1999, como veremos a continuación.

[5] Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

[6] «El artículo 57.3 LRC mantiene la vigencia del llamado requisito de infungibilidad de líneas, exigiendo que el apellido propuesto pertenezca a la línea (paterna o materna) del apellido que se trate de modificar. De este modo, se impediría la unión de los apellidos paterno y materno, como primero o segundo apellido, e incluso, la permuta o inversión del apellido paterno por el materno.

El actual artículo 205.3 RRC (Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto), derogó parcialmente el requisito de infungibilidad de líneas del artículo 59.3 LRC 1957 estableciendo como única exigencia: «que los dos apellidos que resulten después del cambio no provengan de la misma línea». *Vid.*, LINACERO DE LA FUENTE, María: El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El artículo 49 de la nueva Ley del Registro Civil, en *Actualidad Civil*, Núm. 15-16, Sección A Fondo, de septiembre de 2012, p. 1611, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 2012, 7823).

[7] El artículo 55 LRC «La filiación determina los apellidos. En los supuestos de nacimiento con una sola filiación reconocida, esta determina los apellidos, pudiendo el progenitor que reconozca su condición de tal determina, al tiempo de la inscripción, el orden de los apellidos. El encargado del Registro impondrá un nombre y unos apellidos de uso corriente al nacido cuya filiación no pueda determinarlos. El Encargado del Registro, a petición del interesado o de su representante legal, procederá a regularizar ortográficamente los apellidos cuando la forma inscrita en el Registro no se adecue a la gramática y fonética de la lengua española correspondiente».

[8] DE RAMÓN FORS, Ignacio: «Orden de los apellidos y discriminación», en *Diario La Ley*, Núm. 7233, Sección Doctrina, 3 de septiembre de 2009, Año XXX, Ref. D-273, Editorial La Ley. (La Ley 2009, 13580).

[9] RDGRN de 7 de diciembre de 2001 (La Ley 2001, 220981) que tras proclamar la regla general prevista en la Ley a falta de acuerdo entre los progenitores —primer apellido del menor el primero del padre, segundo apellido el de la madre— señala que tal regla no puede ser objeto de variación «por el hecho de que se haya formalizado posteriormente la filiación paterna y de que la madre, al inscribir dentro de plazo el nacimiento haya hecho uso de la facultad de invertir los apellidos del menor…».

La RDGRN de 9 de septiembre de 2003 (La Ley 2003, 137323) añade que la regla general apuntada «no resulta aplicable cuando la filiación paterna ha sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor (…) en este caso, como el de la Sentencia penal firme (…) el hijo no ostentará el apellido del progenitor en cuestión más que si lo solicita él mismo o su representante legal», en consonancia con lo dispuesto en el artículo 111 del Código Civil.

[10] Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos.

[11] LINACERO DE LA FUENTE, María: El principio de igualdad en el orden de transmisión de los apellidos. El artículo 49 de la nueva Ley del Registro Civil, en *Actualidad Civil*, Núm. 15-16, Sección A Fondo, de septiembre de 2012, p. 1611, tomo 2, Editorial La Ley. (La Ley 2012, 7823). Para decidir sobre el orden presumiblemente más favorable de los apellidos, el Encargado debe tener en cuenta criterios como el de mayor arraigo local, renombre social, resonancias históricas, culturales o artísticas, siempre que sean positivas. En su defecto, podrá atender otros criterios indiciarios del presumible interés del menor, como tener un contenido evocador más elevado (Libertad, Infante, Cardenal, Caballero, Gallardo, Amigo…), facilitar la identificación o tener carácter más eufónico (Hermoso, Galán, Leal, Clemente, Salvador).

[12] Corresponden a la competencia del *Ministro de Justicia*, y, por delegación, a la Dirección General de los Registros, los casos a que se refieren los artículos 57 LRC y 205 y sigs. del RRC.

Los requisitos necesarios para la petición de cambio de apellidos son: 1.º) que el apellido en la forma propuesta constituya una situación de hecho no creada por el interesado; con este requisito o presupuesto se quiere decir que el cambio pretendido ha de fundarse en la circunstancia de ser el peticionario habitualmente conocido de hecho con los apellidos cuyo uso pretende legitimar; 2.º) que el apellido o apellidos que se traten de unir o modificar pertenezcan legítimamente al solicitante; 3.º) que los apellidos que resulten del cambio o modificación no provengan de la misma línea. Debe tenerse en cuenta que requerirá la autorización del Ministerio de Justicia, que concurra justa causa en la modificación pretendida y que no haya perjuicio de tercero. El requisito de la justa causa y el de que no haya perjuicio de tercero es exigido no solo para los cambios que puede autorizar el Juez de Primera Instancia, sino, además, para los cambios de la competencia del Ministerio de Justicia. Conforme a doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros, la justa causa no concurre cuando la modificación pretendida ha de estimarse objetivamente como mínima o intrascendente. Justa causa que hay que referir a la finalidad objetiva del nombre como medio de identificación de una persona. AROZAMENA LASO, Cristina: Régimen legal del cambio de nombre y apellidos, en *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-89, tomo 2, Editorial La Ley (La Ley 2001, 11942).

[13] La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de diciembre de 2004), en su Disposición Adicional Vigésima, reforma el artículo 58 LRC, estableciendo que cuando se den circunstancias excepcionales para el cambio de apellidos, competencia del Ministerio de Justicia, no será necesario que concurran los requisitos exigidos como regla general en el artículo 57 LRC, señalando un caso concreto para el supuesto de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género.

Real Decreto 170/2007 de 9 de febrero de modificación del Reglamento del Registro Civil (arts. 21, 22 y 208), en materia de protección a las víctimas de género mediante autorización de cambio de apellidos.

[14] STEDH de 16 de noviembre de 2004. Rec. 29865/1996 (La Ley 2004, 239775). Caso ÜNAL TEKELI contra Turquía. Denegación por las autoridades nacionales del permiso de llevar únicamente el apellido de soltera tras el matrimonio, ya que según la ley turca, la mujer casada no puede llevar exclusivamente su apellido de soltera tras el matrimonio, mientras que el hombre casado conserva su apellido familiar tal como lo tenía antes del matrimonio. El objetivo de manifestar la unidad de la familia por un apellido familiar común no puede justificar la diferencia de trato basada en el sexo. Violación del artículo 14, combinado con el artículo 8 del Convenio.

[15] STJUE, Sala Segunda, Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-208/2009. Ponente: ALLAN ROSAS (La Ley 2010, 213848). Litigio entre la Sra. Sayn-Wittgenstein, nacional austriaca que reside en Alemania, y el Landeshauptmann von Wien (Jefe de Gobierno del Land de Viena) en relación con la decisión de este último de rectificar la inscripción en el registro civil del apellido Fürstin von Sayn-Wittgenstein, adquirido en Alemania a raíz de una adopción por un nacional alemán, para sustituirlo por el apellido Sayn-Wittgenstein.

[16] LÓPEZ JARA, Manuel: El orden de los apellidos en los supuestos de filiación determinada judicialmente. El superior interés del menor, *La Ley Derecho de familia*, núm. 9, Primer trimestre de 2016, Editorial Wolters Kluwer. (La Ley 2016, 46).

[17] STC 167/2013, de 7 de octubre de (La Ley 2013, 159499). El supuesto contemplado es similar al presente, en el que existe un nacimiento con una sola filiación, determinando esta los apellidos, y a consecuencia de un reconocimiento tardío en el inicio del procedimiento judicial, al que se suma el de duración de este, el cambio del orden de los apellidos alcanza al menor a una edad en que tanto en la vida social como en la escolar es conocido por el primer apellido en su día determinado.

La Sentencia se detiene en hacer ver la notoria relevancia identificativa del primero de los apellidos, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

i) En primer lugar, debe subrayarse que las normas registrales del orden de apellidos están dirigidas al momento anterior a la inscripción registral de nacimiento, concediendo a los padres una opción que ha de ejercitarse «antes de la inscripción» y, de no realizarse, se aplica el orden supletorio establecido reglamentariamente (arts. 53 y 55 LRC y 194 RRC).

ii) En el caso de determinación judicial de la paternidad, la filiación se establece de forma sobrevenida, con las consecuencias inherentes a los apellidos y entra en juego el derecho del menor a su nombre, puesto que en el periodo transcurrido entre el nacimiento y el momento en que se puso fin al proceso por Sentencia firme había venido utilizando el primer apellido materno, siendo patente la relevancia individualizadora del primero de los apellidos de una persona.

iii) El menor en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado y había venido utilizando el primer apellido de su madre desde su nacimiento, sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias es identificable el interés del menor en seguir manteniendo su nombre y en este caso su primer apellido materno, al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar.

Desde esta perspectiva constitucional, debió ponderarse especialmente el interés del menor y su derecho fundamental al nombre como integrante de su personalidad, a la hora de decidir sobre el orden de los apellidos…».

[18] STC, Sala Primera, Sentencia 176/2012 de 15 de octubre. 2012, Rec. 9876/2009. Ponente: Andrés OLLERO TASSARA (La Ley 2012, 162181). Inadmite el recurso de amparo por falta de justificación en la demanda de amparo de la especial trascendencia constitucional

del recurso. No basta razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental. Y porque tampoco satisface aquel requisito la demanda que pretende cumplimentar la carga justificativa con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación».

No obstante el asunto era interesante porque: El Juzgado de Primera Instancia declaró que el actor: «es el padre biológico de la menor, se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil para inscripción y rectificación correspondiente, constando la niña con el apellido del padre. BALDOMERO es el padre de la menor y tiene derecho a inscribir su paternidad en el Registro Civil y a dar apellido a su hija». En cuanto al orden de los apellidos, el Juzgado declara que debe ser el general, «es decir primero el del padre y después el de la madre, con independencia de que la filiación paterna se haya formalizado con posterioridad, sin perjuicio del acuerdo al que puedan llegar los progenitores al respecto».

Ante la Audiencia Provincial se alega que el primer apellido de la menor debe ser el de su filiación materna y el segundo, el de la paterna, en atención a las circunstancias que concurrieron en la concepción de la menor y a la posterior atención y cuidado prestados por la madre, frente a la desidia y desinterés mostrados por su padre. Denuncia igualmente la desigualdad (art. 14 CE) que le produce la norma que establece la preferencia del apellido del padre sobre el de la madre en la determinación del orden de los apellidos de la descendencia. La AP dictó Sentencia desestimando el recurso y razonando que la cuestión del orden de los apellidos es nueva, sin que se planteara en la instancia. Sin embargo, entró en el fondo de la cuestión considerando que, tras la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, los progenitores podían de común acuerdo determinar el orden de los apellidos respectivos que transmiten a sus hijos y que, en su defecto, regía el establecido por el artículo 194 RRC. Así, a juicio del órgano judicial, «el derecho de opción sobre el orden de los apellidos exige el consentimiento del padre y de la madre, consentimiento que, al afectar a un derecho de la personalidad, ha de requerirse que sea expreso, lo cual no concurre en el supuesto de autos. Tampoco el artículo 55 LRC puede fundamentar la decisión sobre el orden de los apellidos, y ello por cuanto, el único derecho de opción que regula es el referido al supuesto de nacimiento con una sola filiación reconocida (concediéndose al único progenitor que reconoce la filiación determinar cuál sea el orden de los apellidos del hijo) que no sería ya el del presente caso en que, desde la Sentencia estaría reconocida tanto la filiación materna como la paterna». En relación a la solicitud de inconstitucionalidad planteada por la demandada, el Tribunal *ad quem* señala que la reforma de los artículos 109 del Código Civil y 54 y 55 LRC por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre de pretende establecer un trato más justo y menos discriminatorio para la mujer, permitiendo que ya inicialmente puedan los padres de común acuerdo decidir el orden de los apellidos de sus hijos.

Contra esta última Sentencia la demandante de amparo preparó e interpuso recurso de casación que fue inadmitido por Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de octubre de 2009, por su defectuosa formulación.

[19] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2015, Rec. 2923/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 8478).

[20] STC, Sala Segunda, Sentencia 167/2013 de 7 de octubre de 2013, Rec. 614/2010. Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS. (La Ley 2013, 159499).

[21] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 621/2015 de 12 de noviembre de 2015, Rec. 1493/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 163155) y STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 620/2015 de 11 de noviembre de 2015, Rec. 2446/2014. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 163156).

[22] STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 76/2015 de 17 de febrero de 2015, Rec. 2923/2013. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ. (La Ley 2015, 8478) Las Sentencias de instancia estimaron íntegramente la demanda de determinación de filiación, guarda y custodia y alimentos y orden de los apellidos respecto del hijo menor del demandante, habido de su relación sentimental con la demandada, estableciendo que el primer apellido fuese el paterno y luego el materno, pero el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y, asumiendo la instancia, estima parcialmente el recurso de apelación y ordena que en el orden de los apellidos del menor el primero sea el de la línea materna y el segundo el de la paterna».

La respuesta, sin embargo, no puede ser de interpretación literal de la norma cuando está en cuestión el interés superior del menor; por lo que la Sala cuando ha tenido que acudir a negar o posibilitar la interpretación correctora de una norma que afectaba a alguna medida en la que se encontraba interesado un menor, se ha cuidado de tener en cuenta el interés superior de este. Recientemente recordaba la Sala (STS de 27 de octubre de 2014) que la Constitución Española de 1978 al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores.

[23] La Observación mantiene como elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar el interés superior del niño: a) La opinión del niño, b) La identidad del niño, c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, d) Cuidado, protección y seguridad del niño, y e) Situación de vulnerabilidad.

1.2. Derecho de familia

La protección del hijo mayor de edad discapacitado

The protection of the major son of age disabled person

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: El deber de alimentar a los hijos menores de edad no emancipados no deriva de la patria potestad, sino de la filiación. Esta situación no varía cuando tiene lugar la situación de crisis conyugal. Al llegar el hijo a la mayoría de edad la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar el cumplimiento de tal deber más allá de mayoría de edad, si se dan los presupuestos para su concesión con independencia de la voluntad de las partes. Si el hijo mayor de edad está discapacitado se equipara a los hijos menores de edad en la prestación de alimentos. No ocurre así como otras medidas, consecuencia de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio como la atribución del uso de la vivienda. El presente estudio se va a centrar en la protección que se dispensa al hijo mayor de edad discapacitado en diversos ámbitos.

ABSTRACT: The duty to feed the children not emancipated minors does not derive from the native legal authority, but from the filiation. This situation does not change when there takes place the situation of conjugal crisis. When the son comes to the adult age the extinction of the food duty does not operate automatically, but it is possible to prolong the fulfillment of such a duty beyond adult age, if they give themselves the budgets for his concession. If the major son of age is disabled the children are compared minors in the food presentation. It does not happen as well as other measures, consequence of the procedures of nullity, separation or divorce as the attribution of the use of the housing. The present study is going to centre on the protection that dispensation to the disabled major son of age in diverse areas.

PALABRAS CLAVE: Pensión de alimentos. Hijo menor de edad y mayor de edad. Discapacitado. Uso de la vivienda. Padres.

KEY WORDS: Alimony. Son minor and major of age. Disabled person. Use of the housing. Parents.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y MAYORES DE EDAD

DISCAPACITADOS: 1. PRESUPUESTOS PARA EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS. 2. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS. 3. DISTINCIÓN DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MENORES DE EDAD. 4. LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD DISCAPACITADOS.—III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y MAYORES DE EDAD DISCAPACITADOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La patria potestad se encuadra la misma entre las medidas de protección de los menores, siendo de entre estas, la más natural[1] y, determina un entramado de obligaciones y responsabilidades, conocida como patria potestad.

Su regulación en el Código Civil se contiene en los cuatro primeros capítulos del título VII, del Libro I (arts. 154 a 171). Diversas son las definiciones que se puedan dar en relación a la misma, así representa «el vínculo jurídico que liga a los padres con los hijos que se traduce en una serie de derechos y deberes a través de los cuales aquellos procuran una formación íntegra de los hijos y velan por su persona y por sus intereses patrimoniales»[2], o como «el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole»[3]. Ambas formas de conceptuar la patria potestad, coinciden en configurarla como un conjunto de deberes y derechos, lo que determina que la patria potestad venga a calificarse como una función, que se ejerce en interés y beneficio del hijo, y en donde las actuaciones de los padres, deben estar presididas por el respeto a la personalidad del hijo, ajustándose en cada momento a las exigencias específicas que su desarrollo personal exige y demanda[4]. A ello se refiere expresamente el artículo 154 del Código Civil cuando establece que «*la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2.º. Representarlos y administrar sus bienes*». De esto deriva que, la patria potestad tiene el carácter de irrenunciable, imprescriptible e intransmisible[5], todo ello sin perjuicio de la admisibilidad de ciertas dosis de operatividad de la autonomía de la voluntad de los padres tanto en lo que supone el ejercicio como en el desempeño de la patria potestad, bien a través de la prestación de consentimientos generales entre los mismos que permita la actuación de uno solo de ellos en la realización del acto concreto y determinado, bien mediante la conclusión de acuerdos en el ejercicio de la patria potestad en caso de ruptura de la convivencia por parte de aquellos con carácter previo a la interposición de la demanda o en sustitución de la misma, con el debido control judicial, o bien mediante el amplio campo de la acción de la facultad capitular[6].

La titularidad y ejercicio corresponde a ambos progenitores, que son los representantes legales y administradores de los bienes de sus hijos. Entre los derechos y facultades que conforman la patria potestad, cuando los hijos son menores de edad, el artículo 154 del Código Civil contiene el mandato imperativo de alimentarlos, mandato que se extiende a los dos progenitores como obligados a prestar alimentos y cuyo contenido tiene un tratamiento jurídico diferenciado del de los alimentos entre parientes[7]. Incluso, si no se ostenta la patria potestad, el deber persiste conforme al artículo 110 del Código Civil[8]. De forma que, tal deber de alimentar a los hijos menores no emancipados no deriva de la patria potestad,

sino de la filiación[9]. Esta situación no varía cuando tiene lugar la situación de crisis conyugal, pues, el artículo 93.1 del Código Civil en sede separación, nulidad o divorcio reitera el mandato imperativo en base al cual la el juez determinará la contribución de cada uno de los progenitores que, será proporcional al caudal o medios de quien los da (arts. 93.1, 145.1 y 1438 del Código Civil), y a la necesidad de quien los recibe en cada momento, en concreto, las necesidades efectivas de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (arts. 1319 y 1362 del Código Civil). Es por ello que la sola diferencia de estatus económico entre uno y otro de los progenitores por muy diferente que sea, no exonera a ninguno de estos, de cooperar en la medida de sus posibilidades al sostenimiento y atención pecuniaria de las necesidades de sus hijos, aunque en la contribución del cónyuge guardador haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (art. 103 y 1438 del Código Civil), habiendo añadido la jurisprudencia que las exigencias impuestas por la solidaridad familiar no deben implicar un olvido de las propias necesidades del alimentante determinadas por su personal situación[10]. Lo cierto es que, la nulidad, separación y divorcio, en ningún caso, exime a los padres del cumplimiento de sus obligaciones paterno-filiales (art. 154.1 del Código Civil). En esencia, la fijación de una pensión de alimentos a favor de los hijos menores de edad constituye una obligación a asumir por ambos progenitores en la cuantía determinada en la propia Sentencia de nulidad, separación o divorcio y en la proporción que en la misma se establezca. Se trata, asimismo, de una medida que puede decretarse de oficio, y está informada por el principio rector «*favor filii*», es decir, en beneficio e interés de los hijos, que son los verdaderos destinatarios de la pensión de alimentos, y, en consecuencia, los titulares del crédito[11]. En definitiva, corresponde al Juez decidir, aunque los progenitores no lo hayan solicitado, sin incurrir en incongruencia, sobre la pensión de alimentos atribuible a los hijos menores de edad, pues, su carácter necesario y derivado de la propia filiación, además de su imposición constitucionalmente a quienes son titulares y ejercen la patria potestad, justifican tal decisión y competencia.

Por otra parte, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad o, se emancipan adquieren la plena capacidad de obrar (art. 322), y ello conlleva la extinción de la patria potestad (art. 169 del Código Civil), y el fin de la representación legal de los padres (art. 162 del Código Civil). Sin embargo, la extinción del deber de alimentos no opera automáticamente, sino que es posible prolongar más allá de mayoría de edad, el cumplimiento de tal deber, si se dan los presupuestos para su concesión; si bien, su régimen jurídico será distinto[12]. La prestación de tales alimentos por quienes han ejercicio la patria potestad se fundamenta en el principio de solidaridad familiar basado en los vínculos de filiación, reforzado por una base constitucional, pues, como establece el artículo 39.3 de la Constitución española «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda»[13]. Estos alimentos que comprenden también la educación e instrucción del alimentista mayor de edad, subsisten mientras no haya terminado su formación por causa no imputable al mismo (art. 142.2 del Código Civil); que puede finalizar precisamente cuando la falta de necesidad del hijo o cuando este provenga de sus mala conducta o falta de aplicación al trabajo o estudios (art. 152 del Código Civil), pues, no faltan abusos de quienes prefieren mantenerse *sine die* en una cómoda dependencia que, insertarse en el mercado laboral en busca de recursos necesarios para procurarse su propio sustento, o terminar sus estudios para conseguir precisamente una independencia económica. En todo caso, lo que está claro es que, en los alimentos a los hijos mayores de

edad no existe una presunción legal de necesidad, como sí ocurre con el deber de alimentos de los hijos menores de edad, sino que esta debe acreditarse[14]; lo que significa, que no estamos ante una obligación incondicional, sino que permanecerá en tanto subsista la necesidad[15]. Ahora bien, constante matrimonio la obligación de alimentos por parte de los padres a los hijos mayores de edad tiene lugar de forma voluntaria, constituyendo una carga familiar a tenor de lo dispuesto en los artículos 1318 y 1362.1 del Código Civil, que han de soportar su sostenimiento ambos progenitores. Cuando tiene lugar la crisis matrimonial, el cambio en la situación jurídica de los cónyuges va a provocar también un cambio en la situación de los hijos mayores de edad, pues, a falta de acuerdo de los padres, la prestación de alimentos habrá de determinarse judicialmente, pero sin que la ruptura del vínculo matrimonial haga perder la relación de filiación que, a tenor de lo dispuesto en los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil da derecho al hijo a recibir alimentos de los padres y una obligación de estos de prestarlas[16].

La obligación de alimentos de los hijos mayores de edad es esencialmente una obligación legal, impuesta y regulada por la Ley —en concreto en los artículos 142 a 153 del Código Civil—, siempre que concurra el supuesto de hecho legalmente tipificado para su nacimiento como es la relación de parentesco (art. 143 del Código Civil), necesidad del alimentista (arts. 146 y 148) y posibilidad económica del alimentante (art. 146), con independencia de la voluntad de las partes[17]; sin margen al juego de la autonomía de la voluntad, y de un contenido más restrictivo que la de los hijos menores de edad. Como tal obligación legal se impone a determinadas personas, como consecuencia de su relación con el beneficiario por vínculos de parentesco o estado, concretándose sus límites obligacionales, asimismo, legalmente en lo indispensable para el sustento, habitación, asistencia médica, vestido y educación, derecho que subsiste en los hijos, aun después de la mayoría de edad, si permanece la situación de necesidad por causa no imputable al alimentado, circunscribiendo la obligación de prestar los citados alimentos, a los sujetos que se encuentran dentro del círculo familiar (preferentemente los padres), como previene el artículo 143 del Código Civil que, cesará cuando el hijo no conviva en casa o tenga recursos propios concretado en el hecho de que pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido mejor fortuna, conforme señala el número 3 del artículo 152 del Código Civil.

Ahora bien, la obligación legal de alimentos a los hijos mayores de edad está ligada, por un lado, a la subsistencia y necesidad del titular del derecho —tutelando intereses esenciales de la persona—, y por otro, al vínculo familiar de filiación que existen entre el hijo y los padres como obligados, vínculo que justifica la existencia de tal obligación, y respecto de los que derivan los caracteres de obligación mancomunada divisible, de carácter personalísimo o *intuitu personae*, relativa y variable, y, asimismo, con respecto al derecho a percibir alimentos futuros irrenunciable, intransmisible, imprescriptible y no sometido a compensación[18].

En este contexto, buscando el máximo beneficio o interés para el hijo menor de edad no emancipado, como para el mayor de edad, cuando resulten incapacitados —capacidad modificada judicialmente—, la patria potestad prorrogada o rehabilitada puede resultar la mejor opción, a la vez que, constituye una alternativa a la tutela[19]. El Código Civil en el artículo 171, hace referencia, precisamente, a dos modalidades de patria potestad prorrogada: la patria potestad prorrogada propiamente dicha, y, la patria potestad rehabilitada. La primera, viene a ser la posibilidad legal que la patria potestad sobre los hijos menores de edad no emancipados que, hubieran sido incapacitados durante su minoría de edad ante

la certeza que dicha situación de incapacidad se mantendrá al alcanzar aquellos la mayoría de edad, prorrogándose automáticamente y por ministerio de la ley la patria potestad al llegar tales menores a la mayoría de edad —pues, de otra manera este se extinguiría—; mientras que la patria potestad rehabilitada supone que, el hijo mayor de edad, soltero y que convive con sus padres deviene incapaz, no procediendo a la constitución de la tutela, sino que se rehabilita o reactiva la patria potestad[20].

Ahora bien, puede que el hijo mayor de edad esté afectado por una discapacidad y, no tener la capacidad modificada judicialmente. El artículo 1 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 señala respecto de las personas con discapacidad que, «se incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo, dispone que «el propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce plano y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente». En todo caso, como principios de esta Convención se indican el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas; la no discriminación; y, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, entre otros.

Por otra parte, la Ley 26/2011, de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 1 modifica la Ley 51/2003, de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, en concreto el apartado 2 del artículo 1 que dispone que: «son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Y añade que, a los efectos de esta Ley «tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado total, absoluto o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo territorio nacional». En esta línea, el artículo 25 del Código Penal establece que «a los efectos de este Código se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Asimismo, dispone que «a los efectos de este Código, se entenderá por personas con discapacidad necesitada de especial protección a aquella persona con discapacidad que, tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar, requiera de asistencia o apoyo para ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona,

de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

En este contexto, no cabe duda que, la situación del mayor de edad con la capacidad modificada judicialmente se asimila a la situación de hijo menor de edad; sin embargo, cabe plantearse si resulta aplicable tal tratamiento al hijo mayor de edad discapacitado. Por lo que, el presente estudio se va a centrar precisamente en cómo se sustancia la protección del hijo mayor discapacitado en relación con determinadas medidas como la prestación de alimentos y la atribución del uso de la vivienda. A tal fin, comenzaremos en primer lugar, el análisis de cómo se sustancia la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad y su diferencia con la que corresponde a los hijos menores de edad, con el objeto de determinar sobre tales bases cuál corresponde al hijo mayor discapacitado, para luego proceder a realizar la misma operación con respecto a la atribución del uso de la vivienda, en el que por razones de espacio solo destacaremos los criterios de atribución del uso de la vivienda en concretas situaciones familiares como la relativa a los hijos mayores de edad discapacitados o no, o hijos mayores de edad con la capacidad modificada judicialmente.

II. LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y MAYORES DE EDAD DISCAPACITADOS

Corresponde referirse en primer lugar a la obligación de alimentos de los hijos mayores de edad —obligación de alimentos entre parientes— y, su diferenciación de la que corresponde a los hijos menores de edad, para luego proceder a analizar la que se atribuye a los hijos mayores de edad discapacitados.

1. Presupuestos para el nacimiento de la prestación de alimentos

La sede normativa de la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos mayores de edad la constituyen los artículos 142 a 153 del Código Civil, que conforman el Título denominado «De los alimentos entre parientes», a los que hay que añadir la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 93 del citado texto legal. De tal normativa, se deduce que, la institución del derecho de alimentos entre parientes, entre los que se encuentran los hijos, bien sean mayores o menores de edad, descansa según señala la doctrina sobre los siguientes presupuestos: 1. La existencia de una relación de parentesco o de carácter familiar; 2. La existencia de un estado de necesidad en el alimentista, unida a la imposibilidad actual de obtener recurso con los que hacer frente. A estos efectos deben ser también valorados los recursos potenciales del alimentista, incluida la posibilidad concreta de obtener los medios de subsistencia mediante su trabajo; 3. La capacidad económica del alimentante (art. 152.2 del Código Civil); de forma que, si el eventual obligado carece de medios con lo que hacer frente a los alimentos, la obligación no llega a nacer a su cargo[21]; 4. La situación de necesidad no venga causada por la mala conducta o la falta de aplicación en el trabajo (art. 152.5 del Código Civil). Los tres primeros son requisitos de la obligación de alimentos entre parientes en todo caso: entre ascendientes, y descendientes, entre cónyuge y entre hermanos; mientras que, el último mencionado se refiere únicamente a aquel alimentista que sea descendiente del obligado a dar alimentos. Si bien, conviene precisar que, se trata de una especificidad del derecho de

alimentos que la ley concede frente a cualquier ascendiente (no únicamente los padres, aunque en nuestro estudio vamos a referirnos únicamente a ellos).

De forma que, la obligación de alimentos solo opera respecto de los parientes enumerados en el artículo 143 del Código Civil. Acreedor y deudor han de ser, por tanto, miembros de una misma familia, entendiendo esta como familia extensa; y no más allá del círculo familiar establecido por el legislador.

Ahora bien, aunque el parentesco sea un requisito imprescindible para que surja la obligación, no genera más que la posibilidad de una obligación potencial, que no será definitiva, si no se acompaña de la concurrencia del resto de los requisitos expuestos, que son los que, en definitiva, determinarán, si aquella nace, y, en consecuencia, quien asumirá el papel de acreedor y de deudor de esta obligación.

El concepto de alimentos va sustancialmente unido al estado de necesidad del sujeto. Su finalidad es asistencial, y, por tanto, orientada a satisfacer las necesidades del acreedor de una obligación de alimentos. De ahí que, disponga el artículo 148.1 que esta «*será exigible desde que los necesitara para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos…*». Lo que, igualmente, se deduce del artículo 152.3 que, señala entre las causas de extinción de la obligación, el hecho de que al alimentista «*no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia*». Si se pierde el derecho cuando se acaba la necesidad, es obvio que, no lleguará a nacer tal derecho al no existir ninguna necesidad constatable en el alimentista. E, incluso, se infiere de los artículos 146 y 147 del Código Civil que contempla la necesidad de alimentista como uno de los criterios (junto a los medios del alimentante) para determinar la cuantía de la prestación debida y su posible variación[22].

El estado de necesidad que padece un sujeto, viene determinado por la insuficiencia de medios para subsistir que, ha de ser establecida mediante una comparación entre los recursos individuales y sus necesidades personales, no la de quienes conviven con él y a su cargo[23]. Cuando precisamente aquellos no le permiten cubrir las necesidades más vitales, se produce una situación de necesidad[24]. Por ello, en la apreciación de la misma es preciso valorar, tanto los medios de los que dispone el sujeto, como las concretas necesidades del mismo[25]. La valoración de los primeros debe hacerse sobre parámetros más o menos objetivos (rentas de trabajo y de capital, patrimonio, etc.); y, la de los segundos debe realizarse en un ámbito subjetivo, apreciando la concreta necesidad personal y situación particular de quien la sufre[26].

De forma que, para que se produzca un estado de necesidad no es suficiente que quien lo alegue, carezca en la actualidad de recursos o medios económicos con los que mantenerse, sino que es preciso, además, que se halle imposibilitado para conseguirlos. Por eso, el Juez, a la hora de determinar si existe o no un estado de necesidad que justifique la pretensión de alimentos, debe tener en cuenta tanto si el sujeto carece o no de medios económicos para subsistir, como si tiene o no posibilidad efectiva de procurárselos[27], sin olvidar, asimismo, los recursos y posibilidades del guardador (arts. 93, 145 y 146 del Código Civil)[28]. La insuficiencia actual de recursos no le legitima para reclamar alimentos, si está en condiciones de cambiar su precaria situación, por ejemplo, acceder al mercado laboral. El propio Código Civil señala el hecho de que «*el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria…*» (art. 153.2), como una causa de extinción de la obligación, que lógicamente impide el nacimiento de la misma[29]. Junto al estado de necesidad del acreedor, es también presupuesto básico del nacimiento de la obligación de alimentos la posibilidad del deudor de atender a

esa necesidad, esto es, disponer de recursos suficientes[30]. Lo que se puede denominar «el mínimo vital del alimentante», por lo que puede cesar o reducirse la obligación de alimentos, si el alimentante no puede satisfacer los alimentos sin desatender sus propias necesidades básicas[31].

Como en el caso de necesidad, corresponde en todo caso al Juez analizar y valorar la particular situación económica del posible obligado para determinar tanto el nacimiento de la obligación como también, en su caso, el *quantum* de la prestación debida, e incluso, la extinción de la misma.

Una vez que concurren los presupuestos indicados opera de forma automática el nacimiento de la obligación. Surge *ope legis* cuando, al existir entre las partes una determinada relación familiar, una de ellas deviene necesitada, pudiendo la otra hacer frente a esa situación. Así la concurrencia de tales requisitos determina el momento a partir del cual la obligación de alimentos es perfecta y, en consecuencia, exigible[32]. Se dispone en este sentido en el artículo 148.1 del Código Civil que «*la obligación de alimentos será exigible desde que los necesitare para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos…*». De forma que, la obligación de alimentos nace desde la concurrencia de los citados presupuestos y desde entonces, es exigible. Una obligación que se puede cumplir voluntariamente ante la simple reclamación del acreedor; incluso, previo requerimiento extrajudicial[33].

Ahora bien, para que pueda los alimentos puedan exigirse en el proceso de nulidad, separación y divorcio correspondiente, el artículo 93.2 del Código Civil, además, de la mayoría de edad o emancipación del hijo, resulta necesaria la concurrencia de dos requisitos más: la convivencia en el domicilio familiar y la carencia de ingresos y recursos propios[34]. Recordemos que, este precepto no modifica los presupuestos sustantivos que han de concurrir para el nacimiento del derecho de alimentos del hijo mayor de edad que, hemos analizado en líneas precedentes: la relación de parentesco, estado de necesidad y la posibilidad económica del alimentante; o lo que es lo mismo, para que el hijo sea acreedor de alimentos, sino la posibilidad del Juez de fijar la cuantía de alimentos que corresponde al hijo mayor de edad en el mismo proceso en que se dirime la nulidad, separación o divorcio, si se cumplen los requisitos establecidos en el precepto. Respecto a la convivencia, como se señala en numerosas resoluciones judiciales, las medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamentan no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores[35]. Ahora bien, tal situación de convivencia no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran[36]; de forma que aquella es incompatible con situaciones de falta de convivencia o independencia, esto es, cuando los hijos por su propia voluntad deciden abandonar el hogar, gozando durante un tiempo de independencia, aunque no sea así en la actualidad, pues, de necesitar ayuda, tal situación encaja en el régimen de los alimentos ordinarios de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, y no en el régimen del artículo 93.2 del citado cuerpo legal[37]. Igualmente, el hecho de que por razones de estudios el hijo resida en otra localidad, no implica ello la ruptura definitiva de la convivencia, que puede perfectamente mantenerse en fines de semana o periodos vacacionales[38]. El elemento integrador que determina la prestación de alimentos es, por tanto, el de «dependencia económica», aunque provisionalmente los hijos estén estudiando fuera; en esencia lo que constituye el fundamento último del precepto es que, haya una unidad de economía familiar.

En todo caso, se suele vincular el hecho de la convivencia con uno de los progenitores con la presunción de falta de independencia económica que justifica la concesión de los alimentos o su mantenimiento, mientras no se pruebe lo contrario. E, igualmente, la falta de convivencia se puede considerar como indicio de la independencia económica del hijo; pero si esta no queda acreditada en el proceso, aun cuando se compruebe que el alimentista no vive ya con el otro progenitor por causa no imputable al mismo, se mantendrá la obligación a cargo del progenitor[39].

Con respecto a la carencia de ingresos, se señala que mientras el hijo no adquiera una autonomía patrimonial suficiente, forma parte del conjunto familiar en la fijación de las prestaciones asistenciales a cargo de los progenitores; y, romper esa unidad, cuando después de la mayoría de edad el hijo no ha terminado su formación por causa no imputable, resulta contrario a lo establecido en los artículos 142.2 y 93.2 del Código Civil[40].

Sobre tales bases, este requisito no se identifica necesariamente con independencia económica, pues, es posible que el mayor de edad perciba ingresos, si bien estos resulten insuficientes para subvenir a sus necesidades. Lo que no significa que, en todos los casos que el hijo mayor de edad carezca de ingresos, tenga derecho a alimentos, si la falta de estos es por causa imputable al mismo, al no haber terminado su formación (art. 142.2)[41]; o no haberse procurado un oficio, profesión o industria[42]. En algunos casos, aun teniendo trabajos u ocupaciones laborales eventuales, esporádicas y discontinuas, por las que se percibe una escasa retribución, se considera que no carece de ingresos, pues, ha entrado en el mundo laboral[43]; de ahí que, no precise la pensión alimenticia de sus progenitores, aunque, de necesitarlos puede acudir a la vía del proceso de alimentos, y no al procedimiento privilegiado que, es el matrimonial; mientras que en otros casos, se considera que, la realización de trabajos esporádicos no garantiza la independencia económica del hijo[44]. Asimismo, no faltan pronunciamientos en que, se niega la pensión de alimentos porque recibe ingresos económicos procedentes de una beca[45] y, no de una relación laboral; o porque aquellos provienen de una prestación por desempleo[46]. En otros casos, en cambio, no se considera acceso al mercado laboral el realizar prácticas en empresas durante la vida universitaria[47]; o realizar trabajos esporádicos para costearse sus estudios universitarios o de otro tipo[48]; o un contrato de aprendizaje[49]. Otras veces, se señala que no basta la mera capacidad subjetiva de ejercer profesión u oficio, sino que hay que entenderlo como una posibilidad real y concreta en relación con las circunstancias concurrentes, debiendo emplear el hijo la debida diligencia en la búsqueda de empleo, so pena de perder el derecho de alimentos, salvo que, no haya terminado su formación académica por causa no imputable[50]. De ahí que, en ocasiones se entienda que solo se tiene independencia económica cuando el hijo tiene empleo fijo, indefinido o estable[51]; y, en otras, basta que haya realizado una actividad remunerada durante algún tiempo para entender que tiene capacidad para procurarse empleo[52]; aunque sea con precariedad[53]; o que se trate de la realización de trabajos retribuidos por quien da por finalizada su formación[54].

En todo caso, en ocasiones basta que el hijo trabaje y obtenga los suficientes recursos para subsistir, para entender que no opera la obligación de alimentos o, para que esta cese[55]; correspondiendo al progenitor obligado probar la existencia de tal independencia económica a través de muy diversas vías como cotizaciones a la Seguridad Social, contratos de trabajo, informes de vida laboral, nóminas, examen de extractos bancarios, o titularidad de cuentas

corrientes, etc.[56]. ECHEVARRÍA DE RADA alude a la tesis del subempleo referido a quienes rechazan ofertas de empleo por no estar ajustadas a su perfil en un momento de crisis como el actual y en consecuencia, señala que «ha de entenderse que existe capacidad objetiva para el trabajo en el licenciado desempleado que aunque no haya podido alcanzar un puesto adecuado a su formación, puede acceder a otros que no respondan a su cualificación y expectativas profesionales»[57].

En relación a la formación, resulta necesario que, este no haya finalizado sus estudios por causa no imputable[58]. Así, los tribunales consideran que aun existiendo una aptitud en el hijo para desempeñar un trabajo y posibilidades reales de realizarlo en atención a las circunstancias del momento, no pierde su derecho de alimentos si continúa formándose, pues, no se le debe obligar a que sacrifique sus estudios para procurarse los medios de subsistencia[59], cuando, por ejemplo, no carece de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional[60]; o tiene voluntad de reanudar estudios y consolidar su formación para su inserción laboral[61]. ¿Pero hasta donde se han de prolongar los estudios? La solución pasa por la aplicación del principio de proporcionalidad en la determinación de la cuantía a asumir por los padres (art. 146 del Código Civil), y, por la exigencia de responsabilidad en el alimentista relativa a que la no finalización de su formación y acceso al mercado laboral sea por causa no imputable al mismo (art. 142.2 en conexión con el art. 152.3 del Código Civil)[62]. En algunas ocasiones, se indica que tal formación se ha de prolongar durante la realización de otra carrera universitaria[63], o para la preparación de oposiciones[64], o la realización de un máster[65] o de otra formación complementaria; en otras, basta con la culminación de una carrera universitaria[66]; o cualquier otro estudio[67]; o la exigencia de resultados o de un rendimiento adecuado en estos[68]; o, en fin, se establece un plazo para terminar los estudios, optando por una temporalidad, sobre todo cuando la edad del hijo es avanzada o este invierte un tiempo excesivo en terminar sus estudios, por causa solo a él imputable, o se constata una falta de esfuerzo o dedicación a los mismos, o un escaso interés en acceder al mercado laboral, o, simplemente ha completado sus estudios y cuenta con edad suficiente para alcanzar cierto grado de autonomía económica, en un intento de compatibilizar el *«favor progenitoris»* con el *«favor filii»*[69]. Normalmente, la fijación de un plazo para el mantenimiento de la pensión alimenticia debe ser suficiente para que atendiendo a la duración de los estudios, o teniendo presente las dificultades de acceder a un empleo, permitan al hijo mayor de edad lograr una independencia económica[70]. En estos casos, los jueces intentan encontrar el difícil equilibrio entre el derecho del hijo a su educación y la obligación que pesa sobre cualquier adulto de procurarse sus propios medios de subsistencia, evitando favorecer el «parasitismo social»[71]. De ahí que, el insuficiente rendimiento académico o falta de aplicación en los estudios determine el cese de la obligación alimenticia[72], aunque no faltan ocasiones en que los tribunales introducen matices que les permiten eludir esa consecuencia, como problemas físicos y personales, o psicológicos derivados de la propia crisis matrimonial de sus padres que, puede repercutir negativamente en los hijos y les puede llevar a un abandono de los estudios[73]; causas muy variadas que evidentemente pueden influir en la falta de rendimiento o retraso en los estudios del hijo, pese a su total dedicación[74]. Como precisa AGUILAR RUIZ la jurisprudencia ha señalado en repetidas ocasiones que no son equiparables, en todo caso, la desidia o abandono del alimentista en la conclusión de sus estudios con los malos resultados alcanzados[75]. En todo caso, la finalización de los estudios o el acceso al

mercado laboral[76] puede conllevar la extinción de la prestación de alimentos al no existir base legal para el mantenimiento de la obligación, pues, la carencia de recursos, y la necesidad que, habían determinado el nacimiento del derecho de alimentos, han desaparecido.

2. Contenido de la prestación de alimentos

El artículo 142 del Código Civil enumera como elementos integrantes de la prestación alimenticia «*todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Además de la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aunque después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable*».

De forma que, la prestación de alimentos a los hijos mayores de edad no puede exceder de lo preciso para cubrir las necesidades de sustento, vestido, habitación, asistencia médica; y, gastos de educación e instrucción, todo lo que resulta indispensable para la satisfacción de las mismas[77].

Precisamente, en relación a los gastos de formación o educativos, constituye una realidad, como así hemos constatado, la continuidad de la formación más allá de la minoría de edad, consecuencia de la iniciación de estudios universitarios[78], de formación profesional, de postgrado (doctorado y máster), y de oposición. Se destaca que, si la continuación en la formación después de la mayoría de edad es imputable al alimentista, por su falta de esfuerzo y atención, no tiene derecho a reclamar[79]; si, por el contrario, no ha terminado esa formación por circunstancias que le son ajenas, si debe incluirse esta partida en la prestación de alimentos, máxime si carece de independencia económica[80]. En todo caso, no puede exigirse al alimentante un sacrificio económico constante e indefinido; de ahí que, en numerosos pronunciamiento judiciales, como, asimismo, hemos puesto de manifiesto, se ha optado por fijar un límite temporal a partir del cual, se presumirá imputable al alimentista la no terminación de su etapa formativa[81]; otras veces, es la aptitud para proseguir el tipo de estudios que ha elegido, esto es, si tiene o no suficiente capacidad para culminar con éxito los mismos; o, simplemente, su dedicación e interés en proseguirlos y finalizarlos en un periodo razonable de tiempo; o por, el contrario, existe una dejación o desinterés en los mismos, son criterios de los que se puede valer el juzgador, para determinar si procede o no la cobertura de tales gastos por el alimentista[82]. De todas formas, parece lógico entender que, no procede ya la cobertura de tales gastos, y, en consecuencia, la reducción o extinción de la pensión, cuando la formación y titulación, que posee el alimentista le permita una independencia económica y acceso a un empleo[83]. Ahora bien, es posible que aun no procediendo la pensión de alimentos en estos casos; ello no suponga que necesariamente el hijo mayor de edad pierda su condición de acreedor alimenticio; pues, tiene derecho a seguir recibiendo alimentos, si carece de medios con los que mantenerse; pero habrá de reclamarlos por la vía de alimentos entre parientes[84].

En cuanto a los gastos extraordinarios, esto es, aquellos que de modo urgente, imprevisto o simplemente, fuera de lo cotidiano, pueden tener lugar, en la mayoría de los casos se suelen repartir porcentualmente entre ambos progenitores al 50%[85]. Sobre tales bases, para la concreta fijación de la cuantía (*quantum*) de la prestación de alimentos, el legislador español no ha optado por un criterio objetivo o aritmético, sino simplemente ha fijado las pautas que han de seguirse en su determinación[86]. Así la cuantía en que se cifre la prestación alimenticia ha de

ser proporcional al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del Código Civil)[87]. Operando sobre tal proporcionalidad, las partes pueden fijar de común acuerdo la cuantía[88]. A falta de acuerdo, corresponde al Juez valorar las necesidades de quien reclama alimentos y los medios del posible obligado, respetando igualmente, la proporcionalidad exigida legalmente, para fijar la concreta cantidad. Fijación que consiste en la delimitación concreta del *quantum*[89]. Una vez concretada por el Juez a su prudente arbitrio la cuantía de la prestación[90], tal decisión judicial no podrá impugnarse, salvo que, en la misma no se haya respetado el criterio de proporcionalidad, que exige de forma expresa el artículo 146, por constituir una evidente infracción legal (art. 477.1 de la LEC)[91]. En este sentido, solo podrá ser impugnada la Resolución en casación, alegando la mencionada la falta de proporcionalidad[92].

No obstante, la cuantía de la prestación alimenticia puede también fijarse convencionalmente, si bien, estos pactos no limitan el derecho del alimentista de reclamar una mayor cantidad, sino se ha respetado la norma imperativa de proporcionalidad en la determinación de la misma[93].

Sobre tales bases, la pensión de alimentos, tal como establece el artículo 149 del Código Civil puede satisfacerse mediante el pago de una determinada cantidad de dinero (pensión periódica)[94], o mediante una prestación en especie, esto es, manteniendo al alimentante en el propio domicilio del alimentista.

En todo caso, cuando aquella se fije en una cantidad fija y determinada; podrá ser actualizada[95] y/u objeto de revisión ante una alteración sustancial de las circunstancias que fueron contemplas para su fijación; igualmente, podrá ser revisable la pensión, cuando se ha convenido su prestación en especie. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 22 de febrero de 2011[96] señala que «es doctrina reiterada y pacífica la que entiende que una alteración de circunstancias ha de ser sobrevenida, sustancial o permanente; o dicho de otra forma, «ha de revestir una serie de requisitos, reiteradamente exigidos por la jurisprudencia tales como: 1. Que sea verdaderamente trascendente, y no de escasa o relativa importancia; 2. Permanente o duradera, y no coyuntural o transitoria; 3. Que no sea imputable a la simple voluntad de quien insta la revisión, ni preconstituida con la finalidad de fraude; 4. Y, por último, que sea posterior y no prevista por los cónyuges o el juzgador en el momento en que las medidas cuya revisión se insta fueron establecidas»; y añade «es, por ello que, una pretensión de tal clase se encuentra condicionada a la demostración por quien demanda, de que la mentada alteración ha tenido lugar». De forma que, teniendo lugar tal alteración, es posible proceder a una reducción de la cuantía[97], o un aumento de la misma en atención al aumento de las necesidades del alimentista, o un incremento de ingresos del alimentante[98].

En cuanto al procedimiento para reclamar la pensión, se ofrece la posibilidad de tramitar la acción de alimentos de los hijos mayores en el proceso matrimonial de sus progenitores, estando para ello legitimado el cónyuge conviviente que *de facto* asume la carga familiar que representan los hijos mayores de edad, para exigir por derecho propio al otro la contribución de lo que le corresponde en ese régimen de corresponsabilidad impuesto en el citado artículo 93.2, siempre que, asimismo, concurran los requisitos establecidos en el mismo[99]. No obstante, los titulares del derecho de alimentos siguen siendo los hijos mayores de edad; de ahí que, tengan derecho a reclamar al otro progenitor los alimentos de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil, por la vía del juicio verbal, de acuerdo con el artículo 250.1.8 de la LEC[100].

3. Distinción de la prestación de alimentos a los hijos menores de edad

La obligación de alimentar a los hijos forma parte de las obligaciones alimenticias en sentido genérico que, se conceptúan como «una obligación legal en virtud de la cual el deudor, unido por un vínculo de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se hallan en situación de necesidad»[101]. De forma que, la obligación alimenticia de los hijos menores de edad no emancipados, constante matrimonio, forman parte de las cargas familiares, o gastos familiares, según dispone el artículo 231-5 del Código Civil catalán, mientras que, cuando los hijos alcanzan la mayoría de edad, la obligación se inserta dentro de la figura de la deuda alimenticia entre parientes. Como señala LÁZARO PALAU son «obligaciones legales en virtud de las cuales el deudor, unido por un vínculo de parentesco o matrimonial con el acreedor, se obliga a suministrarle los medios necesarios para su subsistencia cuando se halla en situación de necesidad»[102]. Esta obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar y tiene su fundamento constitucional en el artículo 39.3 de la Constitución española que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia[103]. Se trata de una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, inherente como es sabido, a las relación paterno-filial, y no a la patria potestad, se funda en la filiación, de duración temporal, de contenido absoluto y proporcionada a las necesidades del hijo y los medios y posibilidades económicas del padre y madre obligados[104]; de ahí que los progenitores excluidos *ab initio* de la patria potestad (art. 111 del Código Civil) o privados judicialmente de esta (art. 170 del Código Civil) mantienen su deber de alimentos. De forma que, mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimentaria existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación. Así, establece la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de julio de 2015 la falta de localización del padre no puede exonerarle de su obligación de prestar alimentos establecida constitucionalmente, ni que a los tribunales les esté prohibida la posibilidad de determinar una cuantías mínima por el hecho de que el progenitor haya abandonado su lugar de residencia[105]. Lo que antes se configuraba como carga del matrimonio, tras la ruptura de la convivencia se convierte en una medida —de obligada adopción en el caso de existir hijos menores de edad o incapacitado (art. 91 del Código Civil)— en la que se fija el modo en que se ha de hacer efectiva la prestación de alimentos a los hijos por parte de ambos progenitores, adaptándose a las nuevas circunstancias que supone la situación de vida independiente de aquellos. En todo caso, la determinación de esta medida —pensión de alimentos— opera sobre la base de la no sujeción del Juez al principio de congruencia o aportación de parte en relación a la fijación de la pensión alimenticia de los menores o incapacitados judicialmente.

Como alimentantes, ambos progenitores en virtud de la potestad que es una función inexcusable, deben cuidar de los hijos y tienen en relación a ellos deberes de alimentos en el sentido más amplio, de convivencia, de educación y de formación integral (art. 154.1 del Código Civil)[106]. Es una consecuencia de la filiación, de ahí que, no se extingue por el cese de la convivencia con el menor, por la pérdida de la patria potestad, o por el ejercicio en exclusiva del otro de la patria potestad. Es una obligación mancomunada, proporcional al caudal de cada obligado[107].

Este deber paterno de alimentar a los hijos menores no emancipados es más amplio que el estricto deber de alimentos derivado de los artículos 142 a 153 del

Código Civil, en cuanto no está sometido a las limitaciones de este[108], aunque no se excluye la aplicación de algunos de sus preceptos[109].

Por otra parte, los alimentistas han de ser hijos del alimentante, pues, la obligación de alimentar deriva de la filiación biológica o adoptiva. La necesidad del alimentista menor de edad se presume siempre[110].

La determinación de la pensión se fijará en el convenio regulador o en las medidas definitivas adoptadas en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, corresponde al progenitor deudor el pago de las mismas.

La cuantía en que se concretan los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (art. 146 del Código Civil)[111].

Respecto a las necesidades de quien lo recibe, los alimentos se dirigen a cubrir todo lo que resulte indispensable para que el hijo menor de edad pueda mantener el nivel de vida del que venía disfrutando hasta la crisis familiar, siempre que sea posible. Por tanto, además de la habitación, vestido, alimentación, formación, sanidad, se han de sumar otros gastos que dependerán de cada concreta situación familiar.

En todo caso, corresponde al juez concretar en su Resolución la cuantía de la pensión —que no queda obligado por el principio de rogación, sino por el principio de *favor filii*—, ni incurre en incongruencia por *extra* o *ultra petita* al fijar una suma superior a la reclamada por los progenitores— y cómo ha de abonarse.

No obstante, la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un valor económico que debe ponderarse al fijar la pensión alimenticia[112], como así se establece específicamente en el artículo 233-20.7 del Código Civil catalán y en el artículo 10.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco —como contribución en especie—[113]. De no realizarse tal atribución, la pensión alimenticia deberá contemplar el nuevo gasto de vivienda que necesariamente se ha de generar en relación con el hijo común[114].

En este contexto, ante la variedad de circunstancias que el juez o tribunal han de tener en cuenta para concretar la pensión más adecuada para los hijos menores, amplios sectores se han mostrado partidarios del uso de sistema de baremos objetivos que, partiendo de ciertos datos, permiten dar con una pensión base sobre la que aplicar determinados coeficientes correctores. En España, se utilizan las tablas orientativas publicadas por el CGPJ[115].

4. La prestación de alimentos a los hijos mayores de edad discapacitados

La Convención de la ONU establece que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. Asimismo, reconoce que, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. A tal efecto los Estados Partes deberán adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Para ello se proporcionarán las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos y tales salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas —sistema de apoyos— (art. 12)[116]. En este contexto, la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de

vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido, y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. Y, es evidente que aun cuando una persona con discapacidad pueda recibir ayudas de la administración, estas pueden resultar insuficientes, además dada la dificultad para acceder al mundo laboral —pese a las políticas de empleo orientadas a su integración—, tampoco parece que puedan obtener ingresos por su trabajo. Por lo que, en estas circunstancias una realidad constatable es que, no siempre se ha de desplazar la responsabilidad de mantenimiento de un hijo discapacitado hacia los poderes públicos, en beneficio del progenitor, obligado por relación de parentesco a asumirlos, sino que en interés del discapacitado se ha de procurar cubrir sus necesidades con las aportaciones necesarias provenientes de todos los sujetos implicados en su apoyo. Como hemos manifestado en líneas precedentes, los alimentos de los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que estos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo (Sentencia de Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 2008); lo que resulta una exigencia ineludible cuando se trata de un hijo discapacitado. Es por ello que, se indica que, el contenido ético del Derecho está presente en las normas del Código Civil, en especial en las alimenticias, alcanzando rango constitucional (art. 39 de la Constitución española); lo que está en consonancia con el modelo social y de derecho humano de la Convención, dirigido a la máxima integración en la sociedad y, en igualdad de condiciones a quien padece algún tipo de discapacidad.

Por lo que, sobre tales bases, esta obligación de alimentos, igualmente, se prolonga más allá de la mayoría de edad de los hijos en aquellos casos en que un hijo discapacitado sigue conviviendo en el domicilio familiar y carece de recursos propios, al margen de que no se haya producido la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores o de uno de ellos. Si bien, como ha precisado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de julio de 2014[117] en situación de ruptura convivencial esta obligación se sustenta en el artículo 93 del Código Civil «pues no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados personales y económicos y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación (que se trata de evitar la Convención) antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por lo que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico». Por lo que, al hijo mayor discapacitado resulta aplicable el artículo 93 del Código Civil al considerarlos sujetos equiparables a los hijos menores de edad, cuyas necesidades de protección pueden ser aún mayores.

Ahora bien, esta obligación de alimentos tiene lugar al margen que haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o se haya prorrogado o rehabilitado la patria potestad. De todas formas, recordemos que, la Convención sustituye el modelo médico de la discapacidad por un modelo social y de derecho humano con el objeto de procurar la participación plena y efectiva del incapacitado en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás. Estamos ante una nueva realidad legal y judicial y uno de los retos de la Convención será, precisamente, el cambio de actitudes hacia estas personas para lograr que, los objetivos del Convenio se conviertan en realidad. Por lo que, hijos mayores de

edad con discapacidad se equiparan a los menores a los efectos de determinación y cuantificación de la pensión alimenticia, mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carezca de recursos[118]. Tal forma de operar no supone ninguna discriminación —que trata de evitar la Convención— antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que puede atravesar el hijo mayor de edad discapacitado, con el objeto de ayudarle a integrarse, si es posible, en el mundo laboral, social y económica mediante estas medidas de apoyo económico. Se opera sobre un interés superior del discapacitado —que está en la base de la Convención— que, exige no solo procurar su protección, y mejora en sus condiciones de vida, sino también una efectiva integración en la sociedad, lo que, a su vez, enlaza con el principio de dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad del individuo (art. 10 CE), incluida la libertad para tomar sus propias decisiones y que, denosta cualquier forma de discriminación por razón de discapacidad[119].

Respecto a la cuantía de la pensión alimenticia, precisamente la Convención reconoce el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimento, vestido y vivienda adecuada; en esencia, una mejora continua de sus condiciones de vida. Por lo que la exigencia de su prestación descansa no solo en la obligación de los poderes públicos, precisamente, en procurar esa mejora en las condiciones de vida de las personas con discapacidad mediante las aportaciones dinerarias oportunas en forma de pensión pública u otras ayudas públicas a cargo de las administraciones competentes, sino también en la obligación legal de procurar alimentos por parte de quienes tienen una relación de parentesco con el discapacitado. Así corresponde a los progenitores proporcionar alimentos a sus hijos mayores de edad discapacitados. En este contexto, la percepción por parte del discapacitado de una pensión no contributiva no puede desplegar los mismos efectos que, la que corresponde a los hijos en situación normalizada, esto es, la constatación de una posible independencia económica. Como señala al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2014[120] tal pensión «podrá tener proyección a la hora de cuantificar la pensión en relación con la posibilidad del obligado, pero «*per se*» no puede conducir a una extinción de la pensión por tener el alimentista ingresos propios». Hemos de recordar que, en este caso se equipara al hijo mayor de edad discapacitado con el hijo menor de edad, atendiendo a su mayor vulnerabilidad. Y, como se constata en la Convención hay diversas situaciones de discapacidad; por lo que, no en todas es posible conseguir que el discapacitado tenga una plena independencia económica; aunque si facilitar una cierta autonomía. Por lo que, para el cálculo de la cuantía puedan tenerse en cuenta las prestaciones o ayudas públicas que percibe el discapacitado y la suficiencia o no de las mismas para la cobertura de las necesidades básicas del hijo mayor de edad discapacitado. En todo ello, se ha de operar siempre sobre el interés superior del discapacitado y en el respeto a su dignidad como persona.

Ciertamente, la discapacidad existe y puede ser reconocida y, no cabe resolver la cuestión de la prestación o no de alimentos al hijo mayor de edad discapacitado bajo pautas meramente formales —así mayoría de edad— que, supongan una merma de los derechos del discapacitado que, en esta circunstancia es igual o incluso más necesitado de protección que los hijos menores de edad, pues, no estamos ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad, sino ante un hijo que puede estar afectado por determinadas deficiencias físicas o psíquicas que, puede requerir cuidados personales y económicos, mientras subsista la discapacidad y que carece de recursos económicos. En todo caso, si se trata de hijo mayor de

edad con la capacidad modificada judicialmente la cobertura de sus necesidades viene predeterminada en el régimen de guarda establecido en la propia Sentencia judicial de incapacitación. Ciertamente, el ámbito de la patria potestad prorrogada o rehabilitada viene determinado, en primer lugar, por lo que establezca la sentencia de incapacitación —artículo 760 LEC—; y, en segundo lugar, con carácter subsidiario por lo dispuesto en los artículo 154 y siguientes del Código Civil.

Ahora bien, en esta línea, hay que señalar que, también se opta por equiparar a los hijos mayores de edad con discapacidad con los hijos menores de edad en relación con el impago de alimentos reconocidos bien en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en los procesos de separación, divorcio o declaración de nulidad cuando con cargo al Fondo de Garantía de Pago de alimentos se les reconoce el abono de una cantidad en concepto de anticipo. Así la disposición adicional primera del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre de sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de alimentos señala que, los hijos mayores de edad discapacitados serán considerados beneficiarios de los anticipos del Fondo cuando concurran en ellos las circunstancias prevenidas por este real Decreto para los hijos menores de edad. En todo caso, el grado de discapacidad habrá de ser igual o superior al 65% y se acreditará mediante Resolución o certificación emitida por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales u órgano competente de la Comunidad Autónoma, que se aportará junto con la restante documentación acreditativa prevista por el artículo 14.

III. LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA A LOS HIJOS MAYORES DE EDAD Y MAYORES DE EDAD DISCAPACITADOS

Son diversos los criterios que se establecen en función de las diferentes situaciones familiares que, pueden tener lugar así: existencia de hijos menores de edad, cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos, cuando no existen hijos, en caso de guardia y custodia compartida, cuando conviven en la vivienda familiar hijos mayores de edad e hijos mayores de edad discapacitados[121]. Por razones de espacio, solo vamos a centrarnos en la atribución de la vivienda en caso de hijos mayores de edad discapacitados o no o con la capacidad modificada judicialmente.

A) La atribución del uso de la vivienda al hijo mayor de edad

En la adjudicación de la vivienda en caso de atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad privativa o ganancial o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 del Código Civil). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de «*favor filii*» o «*favor minoris*». Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que es el de estos el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 del Código Civil)[122]. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Si bien, este derecho de uso no se extingue al llegar

los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 del Código Civil).

Por lo que, a diferencia de lo que ocurre con los hijos menores de edad, la prestación alimenticia a favor de los hijos mayores puede comprender el derecho de habitación y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien cuantificando la cantidad indispensable para la habitación e incluyéndola en la prestación de alimentos, o bien, recibiendo y manteniendo a los hijos en su propia vivienda (art. 149 del Código Civil).

Ahora bien, el hecho que, la prestación alimenticia y la habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda mientras sea menor de edad, ello supone que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de la vivienda familiar, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los citados artículos 142 y siguientes del Código Civil, por lo que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse cómo si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar —como el interés más necesitado de protección hasta su independencia económica—; de forma que, dicha elección conllevase la exclusión del otro progenitor del derecho de uso de la vivienda que, pudiera corresponderle. Lo cierto es que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener parte de los alimentos que, precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Los alimentos pueden incluir la vivienda, pudiendo residir el hijo mayor de edad con cualquiera de los progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos mediante su cuantificación económica en la prestación alimenticia, o, bien manteniendo al hijo en su propia casa. Por lo que, en caso de hijos mayores de edad que, no han alcanzado la independencia económica, la atribución de uso de la vivienda ha de hacerse sin utilizar el criterio del interés de los hijos mayores de edad como más necesitado de protección y al margen de los alimentos que, reciban el hijo o los hijos mayores y por tanto única y exclusivamente a tenor no del párrafo primero del artículo 96, sino operando sobre la base del párrafo 3 del citado artículo 96 del Código Civil, según el cual «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias hicieran aconsejable y su interés fuere el más necesitado de protección»[123]. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad cuyo derecho se regula conforme lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Los hijos comunes mayores de edad no ostentan, pues, la titularidad del derecho de uso de la vivienda que, ha sido el domicilio habitual, de manera que, la atribución a partir de la mayoría de edad sin limitación de plazo, se hace sobre la base del artículo 96.3 en una especie de interpretación analógica con el artículo 96.1 del Código Civil.

En esta línea, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, (Pleno) de 5 de septiembre de 2011[124] concretando como doctrina jurisprudencial que «la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá

de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, en el entendimiento que, la decisión del hijo mayor sobre con cuál de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevará la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que pudiera corresponderle». En dicha tesitura, concluye que, la atribución del uso de la vivienda familiar, en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del artículo 96 que, permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuyo interés fuera el más necesitado de protección cuando las circunstancias lo hagan aconsejable. Sigue esta doctrina, la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017[125] que, reitera la Sentencia dictada por esta Sala de 29 de mayo de 2015, e indica al respecto que, «la mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso de la vivienda deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación, que tienen necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés superior de protección, que a partir de entonces justifiquen y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 del Código Civil establece a falta de acuerdo entre los cónyuges». También hace referencia a la Sentencia dictada por la misma Sala de 6 de octubre de 2013 en la que se indica, con referencia a jurisprudencia anterior que «sin duda el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación», lo que supone que, a pesar de hacerse dictado ya varias Sentencias por el Tribunal Supremo en este sentido, las Audiencias Provinciales continúan utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradiciendo la doctrina de la Sala. Tal doctrina se reitera, de nuevo, en la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017[126].

El interés más necesitado de protección, como concepto jurídico indeterminado, debe ser objeto de un juicio de ponderación y en este caso, como se ha indicado, sitúa en plano de igualdad a ambos cónyuges, por lo que habrá que atender a las circunstancias concretas en que se encuentra cada cónyuge para determinar cuál de ellos representa el interés más necesitado de protección[127]. Todo ello, hay que precisar dentro de una clara flexibilidad valorativa que, permite dicho concepto en orden a tener en cuenta aspectos tanto de índole práctica como de orden social, particularmente el referido a las circunstancias económicas del cónyuge más desfavorecido, por un tiempo prudencialmente fijado por el Juez[128]. Por lo que, la atribución del uso de la vivienda en el caso de existir hijos mayores de edad ha de estar fundada en la necesidad o interés de cualquiera de los cónyuges que, ha de probarse, no en el de los hijos mayores que, el artículo 96 del Código Civil no tutela, y, además estos no tiene derecho a ocupar la vivienda que ha constituido el domicilio familiar durante el matrimonio de sus padres, ni a obtener parte de los alimentos que, precisen mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no han elegido convivir, pues, el progenitor obligado puede elegir cómo prestar el derecho de habitación en los términos que hemos expuesto en este apartado[129]. De todas formas, la mayoría de edad de los hijos puede constituir base suficiente para instar un procedimiento de modificación de medidas del artículo 775 de la LEC[130].

Por otra parte, no se debe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia del artículo 93.2 del Código Civil respecto a los hi-

jos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezca de ingresos propios, sino en todos los casos con lo previsto en los artículos 142 y siguiente del Código Civil, teniendo, además, presente, la remisión a tales preceptos por parte del citado artículo 93.2. Al respecto señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2014[131] «la ausencia de los requisitos del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil, esto es, la inexistencia de la convivencia familiar de los hijos mayores de edad o emancipados que ya obtienen ingresos propios, no comporta *per se*, una aplicación en clave automática de la denegación del uso de la vivienda, ni tampoco puede ser interpretada como un factor de terminante a la hora de privar al cónyuge del derecho a usar el domicilio familiar. En parecidos términos, respecto de la decisión de los hijos mayores de convivir con el progenitor que, no ostenta el uso del domicilio habitual, que tampoco debe considerarse como factor determinante en orden a la modificación del uso establecido».

Ahora bien, al igual que se ha planteado respecto a los hijos menores de edad, de limitar la atribución del uso de la vivienda a un plazo determinado—dos, tres, cinco años—[132], o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos[133], o a que estos alcancen independencia económica[134], o a cualquier otra circunstancia como la liquidación de la sociedad de gananciales[135] o la venta de la vivienda familiar, sobre la base que, la atribución preferente que, sanciona el artículo 96.1 del Código Civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales, como más razón, se ha optado de forma mayoritaria en el seno de las Audiencia Provinciales por la limitación temporal, en la atribución del uso de la vivienda a los hijos mayores de edad, teniendo en cuenta entre otros criterios, su independencia económica, su edad[136], o, la opción de fijar como límite temporal la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales o la venta a terceros de la vivienda familiar[137]. En todo caso, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2015[138] en relación con la atribución a la esposa del uso de la vivienda sin limitación temporal, siendo el inmueble propiedad exclusiva del esposo y no habiendo hijos menores, lo que resulta fácilmente trasladable al supuesto objeto de análisis que «la atribución del uso de la vivienda sin limitación temporal alguna vulnera lo dispuesto en el artículo 96.3 y la jurisprudencia de esta Sala que lo interpreta (…) en lo que parece más una expropiación de la vivienda que una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes, fundada en la inexistencia de un principio de "solidaridad conyugal" y consiguiente sacrificio del "puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio del otro"».

B. La atribución del uso al hijo mayor de edad con capacidad modificada judicialmente y mayor de edad discapacitado

Respecto al hijo mayor de edad con capacidad modificada judicialmente sujeto a patria potestad prorrogada o rehabilitada se opta por ser equiparados en este aspecto a los menores de edad, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil, que no distingue entre menores e incapacitados. Tal interpretación tiene su base legal en la necesidad de protección a los discapacitados acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto[139].

En cuanto al hijo mayor de edad discapacitado, conviene recordar que, la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada

en un juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta definición se recoge literalmente, como vimos, en el artículo 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase. El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad, está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del Código Civil configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. Ciertamente, se puede vincular el cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, operando esta como límite temporal.

Ahora bien, cuando hablamos de la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad discapacitado —con discapacidad reconocida— se equiparó a los menores de edad, sin embargo, en relación con la atribución del uso de la vivienda se excluye tal equiparación. Y así, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017[140], después de señalar que, esta Sala no se ha pronunciado sobre el derecho del uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad, y si sobre los alimentos, justifica esta no equiparación con los hijos menores de edad en este supuesto sobre los siguientes argumentos: «no se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al hijo mayor de edad con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de sus capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad». A lo que añade que «el interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de sus estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo, que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume a su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija y no por su madre». Por lo que concluye que «una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra cosa distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con

o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art. 142 del Código Civil). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurrido esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfechos, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores».

Para el Tribunal Supremo, en relación con esta medida, no se otorga el uso de la vivienda al hijo mayor de edad discapacitado, al no ser considerado como «interés más necesitado de protección»[141], lo que contrasta con la equiparación a los hijos menores de edad en la prestación de alimentos. En todo caso, atendiendo a las diversas situaciones de discapacidad, se podría haber optado por la misma solución, incluso dotando de temporalidad a la medida, si las circunstancias del caso, lo posibilitasen.

IV. BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 12.ª ed. puesta al día por Silvia DÍAZ ALABART, Madrid: Edisofer.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2001). La patria potestad, en: V. Garrido De Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV. Derecho de Familia, vol. 1.º, Madrid: Civitas.

DE LA IGLESIA MONJE, I. (2015). Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 747, enero-marzo.

DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.ª (1982). La patria potestad tras la reforma del Código Civil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV*.

DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil, T. I,* director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, T. I Derecho de Familia, 11.ª edición, Madrid: Tecnos.

ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2016). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, *Revista Critica de Derecho Inmobiliario,* número 757, julio-septiembre.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª ed., revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, vol. VI Derecho de Familia, 15.ª edición, Madrid: Marcial Pons.

LÁZARO PALAU, C.M.ª (2008). *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Navarra: Thomson-Aranzadi.

LÓPEZ AZCONA, A. (2015-2016). La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: una relectura de los artículos 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia, *Revista de Derecho Civil Aragonés,* número 21-22.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad,* Valencia: Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, en: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 4.ª ed., Madrid: Colex.
MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley.
PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona. Bosch.
PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados en general. La patria potestad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia, 4.ª ed., Madrid: Colex.
VENTOSO ESCRIBANO, A. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid: Colex.
VERDERA IZQUIERDO, B. (2016). Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda», *Indret enero*.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 1994.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), de 5 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de mayo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de diciembre de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de enero de 2017.
- SAP Valencia, secc. 10.ª, de 21 de febrero de 2005.
- SAP Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013.
- SAP Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012.
- SAP Asturias, secc. 6.ª, de 19 de septiembre de 2014.
- SAP Huelva, secc. 3.ª, de 26 de enero de 2015.
- SAP Murcia, secc. 4.ª, de 4 de junio de 2015.
- SAP Badajoz, secc. 3.ª, de 15 de junio de 2016.
- SAP Pontevedra, secc. 1.ª, de 24 de septiembre de 2015.
- SAP Vizcaya, secc. 4.ª, de 29 de septiembre de 2016.
- SAP Jaén, secc. 1.ª, de 7 de octubre de 2016.

NOTAS

[1] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2001). La patria potestad, en: V. Garrido De Palma (coord.), *Instituciones de Derecho Privado,* T. IV. Derecho de Familia, vol. 1.º, Madrid: Civitas, p. 621. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 31 de diciembre de 1996 *(RJ* 1996, 9223), señala en su Fundamento de Derecho 4.º que: «…la patria potestad

es la institución protectora por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva)…».

[2] VENTOSO ESCRIBANO, A. (1989). *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Madrid: Colex, p. 13.

[3] CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.ª (1960). *La patria potestad*, Madrid, p. 10. *Vid.*, asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de junio de 1994 *(RJ* 1994, 6502).

[4] En este sentido, se orientan los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales. Así, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 11.ª ed., Madrid: Tecnos, p. 271; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil.* T. VI Derecho de Familia, 15.ª ed., Madrid: Marcial Pons, p. 344; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. (2013). La protección de los menores e incapacitados, en general. La patria potestad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia, 4.ª ed., Madrid: Colex, p. 353; LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.ª ed., revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Madrid: Dykinson, p. 387. *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7447); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 7 de marzo de 1996 *(AC* 1996, 472); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 1.ª, de 8 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 3913); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 27 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001, 63294).

[5] DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2010). *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones, 10.ª ed., Madrid: Tecnos, p. 256, quienes, asimismo, precisan que «la patria potestad como institución básica del orden social-familiar, es de orden público»; SOLIS VILLA, C. (1984). Notas sobre el ejercicio de la representación legal de los hijos, *La Reforma del Derecho de Familia*, Jornadas Hispalenses sobre la Reforma del Derecho de Familia, Universidad de Sevilla, p. 317. *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991 *(RJ* 1991, 7447); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 4.ª, de 9 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 3232); y, de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 139719).

[6] DE PRADA GONZÁLEZ, J.M.ª (1982). La patria potestad tras la reforma del Código Civil, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV*, p. 368; LINACERO DE LA FUENTE, M.ª A. (1990). *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Madrid: Montecorvo, p. 30; URIBE SORRIBES, A. (1982). La representación de los hijos, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV*, p. 253.

[7] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464).

[8] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464); y de 8 de abril de 1995 *(RJ* 1995, 2991).

[9] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 22 de julio de 2010 (LA LEY 2010, 151774).

[10] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464).

[11] Como precisa la Sentencia del Tribunal Constitucional número 120/84, de 10 de diciembre de (LA LEY 54948-NS/0000) el mandato imperativo del artículo 93.1 del Código Civil, está fundado en el interés público, y al ser de derecho necesario excluye el principio de rogación de las partes.

[12] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 17 de abril de 1998 *(AC* 1998, 822); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 28 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8100); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 2.ª, de 11 de junio de 1999 *(AC* 1999, 5681); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, de 24 de septiembre de 2004 *(JUR* 2004, 292496); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.ª, de 10 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 272381); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 3 de marzo de 2011 *(JUR* 2011, 156757) habla del derecho a ser alimentado; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 30 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 103077); y, de Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.ª, de 27 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 170879).

[13] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 16 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 115700); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 14 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 91707); y de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 168461).

[14] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 28 de junio de 2001 *(JUR* 2001, 262843).

[15] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 7.ª, de 27 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 170879). Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 23 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011, 25185) señala que, no se trata de un derecho de alimentos público, necesario, ya que no es «*ius cogens*».

[16] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de junio de 1988 *(RJ* 1988, 5138); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, de 11 de julio de 1996 *(AC* 1996, 1434).

[17] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad,* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 25-26. *Vid.,* en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1169) define la «deuda alimentaria» como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades perentorias, o dicho con otras palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir. Además, añade, dicha «deuda alimenticia» precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista —artículo 143 del Código Civil—, así como situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo —artículo 148 del Código Civil—; y, las Sentencias de 3 de octubre de 2006 (*JUR* 2007, 62428); de la Audiencia Provincial de Zamora de 5 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 93230); y, de la Audiencia Provincial de Zamora, de 19 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 159416).

[18] MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (1999). *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, *op. cit.,* pp. 25-40; POVEDA BERNAL, M.I. (2008). Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia, *Revista Jurídica del Notariado,* número 68, octubre-diciembre, pp. 232-233; AGUILAR RUIZ, L. (2001). El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000, *Revista de Derecho Patrimonial 2001-1,* número 6, p. 328; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Curso de Derecho Civil, vol. IV Derecho de Familia, 4.ª ed., Madrid: Colex, pp. 41-42; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil*, *op. cit.,* pp. 350-351; ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, T. IV Derecho de Familia, duodécima edición puesta al día por Silvia DÍAZ ALABART, Madrid: Dijusa, p. 30; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Madrid: La Ley, pp. 145-210. *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de marzo de 1967 *(RJ* 1967, 1239); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 6.ª, de 14 de noviembre de 1997 *(AC* 1997, 2234); y, de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 3 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5401).

[19] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 30 de mayo de 2002 (LA LEY 2002, 102923); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 25 de julio de 2002 *(JUR* 2002, 271153); y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 24 de marzo de 2009 *(AC* 2009, 1380).

[20] SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2005). «Algunas reflexiones sobre la rehabilitación de la patria potestad», *Actualidad Civil,* número 9, Primera quincena de mayo, p. 1030. *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 2 de febrero de 2000 (LA LEY 2000, 28537); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 4.ª, de 4 de febrero de 2000 (LA LEY 2000, 30243); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 6 de junio de 2000 *(JUR* 2000, 282699); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 26 de enero de 2001 *(AC* 2001, 2077); de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 22 de abril de 2002 (LA LEY 2002, 77845); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, 16 de enero de 2007 *(JUR* 2007, 274813) rehabilitación a favor de la madre en exclusiva ante la mala relación con el padre; de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, 21 de marzo de 2012 *(JUR*

2012, 131883) la patria potestad rehabilitada a favor de la madre y el padre tiene un derecho de visitas; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 21 de mayo de 2013 *(JUR* 2013, 197138) a favor de la madre del incapaz, pues, los padres están separados desde hace más de diez años y la madre ha sido la persona que se ha dedicado a cuidarle; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 51816) a ambos padres.

[21] AGUILAR RUIZ, L. (2001). El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar…, *op. cit.,* p. 329; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* p. 213; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). El parentesco. La obligación legal de alimentos, *op. cit.,* p. 48; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, P. (1958). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Universidad de Salamanca, p. 35; del mismo autor, Comentario a los artículos 142 a 153 del Código Civil, *op. cit.,* p. 23. *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de noviembre de 1986 *(RJ* 1986, 6574); de 23 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1169); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 6 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 150454); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 14 de enero de 2003 *(JUR* 2003, 92955); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 4.ª, de 10 de mayo de 2005 *(JUR* 2005, 266155).

[22] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). *La obligación legal de alimentos entre parientes*, *op. cit.,* p. 219; PADIAL ALBÁS, A. (1997). *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona. Bosch, p. 101.

[23] MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2013). La obligación legal de alimentos, *op. cit.,* p. 47.

[24] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 23 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 3485) procedencia de los alimentos ante la capacidad económica de los padres para prestar alimentos a la hija reclamante y necesidades de esta al estar cursando estudios; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 13.ª, de 28 de marzo de 1998 *(AC* 1998, 4835).

[25] LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.,* p. 26 señala que el concepto de necesidad es relativo, pues, ha de juzgarse en relación con la persona concreta.

[26] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de enero de 1992 *(AC* 1992, 110), necesidad del alimentista por imposibilidad de ejercer profesión, oficio o industria por causa no imputable a él; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4534); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 25 de octubre de 2000 *(JUR* 2001, 26558).

[27] Como señala ALBALADEJO GARCÍA, M. (2013). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.* pp. 20-21, la necesidades insatisfechas deben ser sin culpa del alimentista, esto es, para que la insatisfacción le sea imputable significa que pudiendo y debiendo no obtenga recurso para atender a la satisfacción de sus necesidades. Así es lo normal que trabaje y tiene donde hacerlo, pero prefiere holgar; y, ha de carecer, asimismo, de medios con los que atender sus necesidades, se ha de contar no solo con sus rentas o cualesquiera otros ingresos, sino con su capital y su capacidad para poder realizar *efectivamente* un trabajo que se los proporcione y sea *adecuado* a las circunstancias del caso.

[28] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 5 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 167247) precisa que, la obligación de alimentos de los hijos se fundamenta en el estado de necesidad; si bien, ha de matizarse cuando se trata de hijos menores, en el sentido que la colisión entre las necesidades de los progenitores y la de los hijos deben decantarse a favor de los hijos, dado el carácter preferente que tiene la obligación alimenticia de los mismos —artículo 145 del Código Civil—, de modo que los padres deben sufrir el sacrificio de reducir al mínimo sus necesidades para satisfacer las de los hijos menores, circunstancia que no se debe contemplar legalmente con la misma rigurosidad cuando se trata de hijos mayores en donde se debe buscar un mayor equilibrio entre la necesidad del progenitor y la necesidad del hijo.

[29] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de julio de 1979 *(RJ* 1979, 2948) el ejercicio de oficio, profesión o industria no ha de entenderse como mera capacidad subjetiva, sino como posibilidad concreta y eficaz; asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 2.ª, de 13 de abril de 2000 *(JUR* 2000, 200839); de

la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 23 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003, 8129), hijo que tiene 23 años, y no consta que padezca ninguna limitación que le impida trabajar, y tampoco realizar estudios alguno; de la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 25 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003, 23006) ausencia de falta real de necesidad, percepción de una pensión contributiva y posibilidad de acceso a una actividad laboral acorde a sus limitaciones; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 7 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 23326) hijo de 32 años que no realiza actividad laboral ni cursa estudios, habiendo rechazado varias ofertas de trabajo disponiendo de vehículo propio. Plenitud de facultades y capacidad laboral plena que le permite acceder al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 21 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 80670) hijo de 40 años con autosuficiencia para su acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, 22 de octubre de 2002 *(JUR* 2003, 52886); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 23 de abril de 2003 *(JUR* 2003, 231799).

[30] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464): de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 27 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 242047); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 3.ª, de 17 de septiembre de 2002 *(JUR* 2002, 281420) la enfermedad del alimentante condiciona las expectativas económicas del mismo.

Señala PADIAL ALBÁS, A. (1997). La obligación de alimentos entre parientes, *op. cit*., p. 114 que no es tanta la relevancia de la posibilidad económica del obligado en el *iter* de la obligación de alimentos, sobre todo en referencia al nacimiento de la misma; dado que la ley únicamente supedita este, al término inicial que supone la existencia de necesidad por parte del alimentista.

[31] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 447); de 15 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 2779); y, de 2 de diciembre de 2015 *(RJ* 2015, 5327).

[32] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit*., pp. 267-268.

[33] En caso de interposición de demanda, la Sentencia condenará al pago de los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda, no desde que nació la obligación cuyo cumplimiento se reclama, *vid*., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 4 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 196414). En todo caso, cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicta y será solo la primera resolución que, fije la pensión de alimentos, la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente, *vid*., la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 26 de marzo de 2014 (LA LEY 2014, 31488).

[34] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 3.ª, de 23 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 431); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 14 de abril de 1998 *(AC* 1998, 821); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 27 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6876); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, de 19 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 140766); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 25 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 121113).

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 27 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6876), precisa que, el artículo 93.2 se basa en criterios de convivencia y carencia de ingresos propios para permitir lo que constituye, sin duda, una excepción al régimen general de las relaciones paterno-filiales (patria potestad y representación, en especial), ha sido introducido sin especial cuidado en un sistema cuyas previsiones parecen ser en absoluto respetadas, a juzgar por la genérica remisión que el precepto en cuestión hace a los artículos 142 y siguientes del propio Código, pues, olvida, entre otros aspectos que, el hijo mayor de edad, como persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no puede ser forzado a un régimen de convivencia determinante de la obligación de alimentar del progenitor separado de él, quien podría, en consecuencia, hacer uso de la opción concedida por el artículo 149.

[35] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 12 de julio de 2000 *(JUR* 2000, 286612); de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, de 8 de febrero de

2001 *(JUR* 2001, 135177); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 3.ª, de 16 de octubre de 2003 *(JUR* 2003, 271399); y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, de 22 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 43849).

[36] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 22 de mayo de 2000 *(AC* 2000, 1105) no convive con el padre, pues ha creado una nueva familia, se ha casado y vive de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 7.ª, de 8 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 135177); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 31 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 259224) la hija ya no vive en el domicilio familiar sino con su novio; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 10 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 263688) consta una vida independiente por lo que no procede la obligación de alimentos; de la Audiencia Provincial de Almería, sección 2.ª, de 3 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 312735) no procede fijar cantidad alguna en concepto de pensión alimenticia al vivir independiente de sus padres; y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 25 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 234497) no consta la convivencia con el padre, pareciendo más bien que la hija lleva una vida independiente en otro domicilio.

[37] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 4.ª, de 5 de marzo de 2007 *(JUR* 2007, 137862).

[38] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 18 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 6163); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 140451); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 20 de enero de 2011 *(JUR* 2011, 118799).

[39] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2000 *(RJ* 2000, 1169), donde se señala que en la hija no concurren los presupuestos necesarios para la denominada «deuda alimentaria», pues, «la hija ha ejercitado al salir del hogar paterno, uno de los mayores bienes o valores que tiene el ser humano, como es el ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que, atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno que se rechaza»; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 103282).

[40] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 21 de septiembre de 1998 *(AC* 1998, 7774); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 28 de octubre de 2010 (LA LEY 2010, 219254) consta acreditado que en este caso, si bien la hija Rocío, es mayor de edad, pues tiene 20 años, carece en cambio de independencia y autosuficiencia económica, al tiempo que convive con su madre, formando parte integrante del mismo núcleo familiar; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, de 29 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 313293).

[41] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 1 de diciembre de 2011 (LA LEY 2011, 243066).

[42] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 21 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 112491) en este caso estamos con la alimentista que cuenta con 24 años de edad, realizó estudios de peluquería; habiendo llegado a trabajar hasta hace dos años. No consta, por otro lado, que esté realizando estudios de especialización de ningún tipo, ni siquiera que aparezca como demandante de empleo, y si tenemos en cuenta que el padre está en desempleo, todo ello lleva a desestimar la solicitud de pensión alimenticia; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 30 de junio de 2008 *(JUR* 2008, 337373) considera no procedente contribuir a los alimentos de su hijo de 37 años, pues están en condiciones para acceder al mercado de trabajo y capacitado para mantenerse por sí mismo; y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4.ª, de 15 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 260367) se ha puesto de manifiesto que el hecho de que la adaptación al mundo laboral del hijo Rafael no se haya consumado, no puede considerarse que sea debido a su falta de aplicación en el trabajo, sino, principalmente, porque su capacidad laboral es muy limitada, tanto por la ausencia de conocimientos, como, por sus condiciones físicas; y,

de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 15 de junio de 2016 *(AC* 2016, 1265) hija con 34 años y en condiciones de acceder al mercado laboral.

[43] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 12 de julio de 2000 *(JUR* 2000, 286612); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 23 de enero de 2006 *(AC* 2006, 659) en el caso de autos los hijos sí viven en el domicilio familiar, pero ambos trabajan, obteniendo por ello la correspondiente remuneración, y si bien es verdad que tales trabajos son eventuales, no lo es menos que ya han entrado en el mundo laboral, por lo que no precisan ya de la pensión alimenticia de su padre, sin perjuicio de que, en su caso, de no tener ingresos, puedan solicitar alimentos por la vía del artículo 146 y siguientes, pero no a través del procedimiento privilegiado que es el matrimonial; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 25 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 41561); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 13 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 92318); de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 1.ª, de 7 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 313230) percibe unos ingresos, aunque escasos, por un trabajo ocasional, por lo que se considera razonable reducir en cien euros la contribución de demandante a su asistencia alimenticia; de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, de 2 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 9727); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 8 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 137523); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, de 28 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 221190).

[44] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 26 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 4544); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2617); y, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 21 de marzo de 2011 (LA LEY 2011, 78606).

[45] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 20 de diciembre de 2001 *(JUR* 2002, 21744) establece que «ante esta situación y sin la concurrencia de otras circunstancias, esta Sala entiende que no procedería la fijación de pensión alimenticia a favor del hijo, al constituir dicha beca una fuente de ingresos suficiente para atender a sus necesidades; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 23 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 237518) la beca de estudios se proyecta sobre los gastos extraordinarios, no sobre el concepto ordinario de alimentos en sentido estricto, de tal manera que, al margen del importe de dicha beca, destinada a satisfacer los gastos de estudios universitarios, existen otros gastos a los que no alcanza la beca, y a los que debe subvenir los progenitores. En contra, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 26 de octubre de 2010 (LA LEY 2010, 219219).

[46] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 12 de marzo de 1999 *(AC* 1999, 809); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, 4 de octubre de 2016 *(JUR* 2016, 233535).

[47] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 10 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2562).

[48] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 11 de mayo de 1998 *(AC* 1998, 1085) no ha completado aún su formación, pues, está cursando estudios universitarios de Derecho, sin que sea óbice para la prestación de alimentos, la realización de algún trabajo esporádico; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 21 de junio de 2007 *(JUR* 2007, 300182) se estima improcedente la supresión de la prestación alimenticia a favor del hijo mayor, toda vez, que ha venido a acreditarse la obtención por el mismo de ingresos por su trabajo los sábados en el Servicio de Correos, y la impartición de clases de baile, el escaso montante de tales ingresos (en torno a los 300 euros mensuales), con los que debe costearse sus estudios universitarios, determina que en último término su consideración como persona dependiente económicamente de sus padres; de la Audiencia Provincial de Ávila, de 12 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 209292); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 1.ª, 9 de diciembre de 2013 *(JUR* 2014, 21428); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 14 de enero de 2016 *(AC* 2016, 1080); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 7 de octubre de 2016 *(AC* 2016, 2004); y de 28 de octubre de 2016 *(JUR* 2017, 5275).

[49] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 5 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 298800).

[50] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1984 *(RJ* 1984, 5367) señala al respecto que «para que cese la obligación de prestación alimenticia, es preciso que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta, y eficaz según las circunstancias, no una mera capacidad subjetiva»; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, de 14 de marzo de 2011 (LA LEY 2011, 83578); de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 5.ª, de 3 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 67041) se estima probado que la capacidad laboral y la independencia económica de la hija es una realidad actual. Por todo ello, además de la capacidad subjetiva para ejercer un oficio, tiene la posibilidad concreta y efectiva de acceder al mercado laboral y de permanecer en él, con independencia de la mayor o menor estabilidad de su situación laboral y del carácter transitorio o definitivo de la misma, común a la mayoría de las relaciona laborales a las que se ven sujetas las personas de su edad; y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 3.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 168461).

[51] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 3.ª, de 22 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 1148663) «la prueba practicada en la primera instancia no ha servido para acreditar que la hija mayor, ejercite o desempeñe algún trabajo o profesión remunerada, tampoco que resida en domicilio distinto de la madre; y su edad (21 años al día de hoy) tampoco se encuentra dentro de la franja en la que suele ser habitual estar empleado. El segundo hijo, cierto es que ha reconocido estar trabajando, pero también lo es que no consta un empleo fijo —se trata de un contrato de aprendizaje— por lo que, dada su edad (20 años), y teniéndose en cuenta que no se ha probado lo contrario, es decir que, el trabajo sea indefinido y que tenga domicilio propio, ha de colegirse que su interés a los efectos previstos en el artículo 93 del Código Civil es tan digno de protección como el de sus hermanos menores».

[52] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1950 *(RJ* 1950, 1171); y, de 17 de marzo de 1960 *(RJ* 1960, 967) señalan que «cesa la obligación de alimentos cuando el que los reclama está capacitado para realizar trabajos con cuyo producto pueda atender a sus necesidades»; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 31 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 111159), dispone al respecto que «es cierto que los contratos de trabajo que ha suscrito la hija mayor de edad han tenido carácter temporal y que no disfruta de una situación estable, pero también aparece que, habiendo terminado o, en su caso, abandonado su formación académica, ha accedido al mercado laboral, aunque sea de forma precaria, y sin perjuicio de que en el futuro, como otras muchas personas en los tiempos actuales, pueda verse abocado a una situación de desempleo, cierto que no disfruta de un trabajo permanente, pero esta es una característica común de la situación por la que atraviesan la mayoría de los jóvenes de nuestra sociedad, de modo que el hecho de estar capacitada para desarrollar una actividad laboral remunerada y el haber accedido al mercado de trabajo son circunstancias que impiden el mantenimiento de la pensión alimenticia a su favor».

[53] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 1.ª, de 28 de enero de 1999 *(AC* 1999, 3022) dada la edad del hijo, unido a que desde el año 1996, aunque con precariedad, se inicia en el mercado laboral, permaneciendo con cierta regularidad de alta en alguna empresa, lo que determina que el hijo Jesús empieza a percibir unos ingresos propios, lo que impide fijar a su favor y por petición de su madre una pensión alimenticia.

[54] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 17 de abril de 1998 *(AC* 1998, 822) ha finalizado los estudios, y participado en programa de Escuela-Taller en calidad de alumno-trabajador, becado por el INEM y debidamente retribuido; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 8.ª, de 26 de septiembre de 2000 *(JUR* 2000, 301753) en la actualidad con 24 y 22 años han finalizado su formación y se han incorporado al mundo laborar, en idéntica situación a la que es usual entre jóvenes que acceden a los primeros puestos de trabajo, esto es, con contratos a tiempo parcial u otras formas de contratación de análogas características.

[55] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 31 de marzo de 1998 *(AC* 1998, 4873); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 6 de julio de 1998 *(AC* 1998, 1346) tiene ingresos propios derivados del ejercicio de una actividad profesional; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 2.ª, de 29

de enero de 2001 *(JUR* 2001, 101504) goza actualmente de independencia económica el hijo al ser soldado profesional; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 31 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 259224) trabaja percibiendo un salario de 100.000 pesetas, y además no vive en el domicilio familiar, sino con el novio; de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 3.ª, de 10 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 263688) cuenta con trabajo remunerado en Vinaroz y ahora en Alcanar, aunque aparece matriculada en el instituto, y lleva una vida independiente según manifiestan los testigos; de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 3.ª, de 5 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 100241) cuenta con ingresos superiores al importe de la pensión; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 16 de diciembre de 2003 *(JUR* 2004, 78341) incorporación al mercado laboral con continuidad; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 2 de octubre de 2006 *(JUR* 2007, 266390) el juzgado valorada atinadamente la prueba documental aportada al pleito por el actor, exponente de la realidad de un trabajo estable de su hija mayor de edad e independiente económicamente; de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 8 de octubre de 2010 (LA LEY 2010, 190930); de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 2.ª, de 3 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 312725); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 11 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 242549); y de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 29 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 245874).

[56] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 28 de octubre de 1998 *(AC* 1998, 8100); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 3 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5401) no procede la pensión por falta de prueba de la carencia de ingresos propios y de convivencia en el domicilio conyugal; y, de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 7 de junio de 2006 *(JUR* 2006, 259207) a la vista de la prueba obrante en autos, la incorporación de los hijos al mundo laboral consta acreditado por la aportación de las hojas histórico laborales y muy especialmente por el propio reconocimiento de la hermana que, sus hermanos han trabajado esporádicamente en la naranja y en el almacén, y ahora uno de sus hermanos trabaja y el otro no. Esa incorporación al trabajo, señala la Sala ha de interpretarse conforme a la realidad actual laboral —en la que ya es prácticamente imposible la estabilidad laboral a través de un contrato fijo— conlleva la obtención de recursos propios y en consecuencia, el que la pensión de alimentos se declare extinguida conforme al artículo 152.3 del Código Civil.

[57] ECHEVARRÍA DE RADA T. (2016). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* número 757, julio-septiembre, p. 2489.

[58] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 20 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 215365); de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 22 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 180258); y, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, secc. 2.ª, 9 de febrero de 2016 *(JUR* 2016776284).

[59] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 22 de enero de 2010 (LA LEY 2010, 62713), y, de 5 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 298803).

[60] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 4583).

[61] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, 19 de enero de 2015 *(AC* 2015, 294); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 20 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 215365); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 24 de septiembre de 2015 *(JUR* 2015, 238129).

[62] En similares términos, POVEDA BERNAL M.I. (2008). Alimentos a los hijos mayores de edad. Cuestiones civiles y procesales a la luz de la nueva realidad familiar. Especial examen de la jurisprudencia, *Revista Jurídica del Notariado, núm. 68, octubre-diciembre,* p. 263.

[63] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 4 de mayo de 2004 *(JUR* 2005, 2617) después de haber terminado la carrera de enfermería, pretende iniciar la carrera de medicina.

[64] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 6 de abril de 2010 (LA LEY 2010, 51716) pretende preparar oposiciones, circunstancia que implica, no solo la continuación de su formación educativa académica específica para el desempeño de su futura actividad profesional, sino también la posibilidad de obtener ingresos propios

para subvenir a sus necesidades; y, de la Audiencia Provincial de Ávila, de 29 de septiembre de 2010 (LA LEY 2010, 195884) el hijo ha venido preparando oposiciones, manteniendo la voluntad de buscar empleo.

[65] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 12 de enero de 2011 (LA LEY 2011, 26944).

[66] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 30 de enero de 2001 *(JUR* 2001, 133267) la garantía de la realización de una carrera superior es lo que cabe exigir del núcleo familiar, del que no se puede seguir dependiendo para realizar otro tipo de estudios adicionales, cuando existe la posibilidad racional de obtener trabajo e ingresos con la formación adquirida, lo que determina que proceda extinguir la obligación alimenticia en sede del proceso de familia, puesto que el vínculo de legitimación de la madre, con la que convive, también se ha extinguido.

[67] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 9 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 61985) tiene 24 años, ha concluido estudios superiores de grado medio, puede acceder al trabajo, lo que ha hecho de manera esporádica, y además, su padres cuenta solo con un trabajo de tipo temporal, por lo que no consta que perciba un salario muy alto.

[68] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, de 26 de marzo de 2003 *(AC* 2003, 436) se halla matriculada en la ESO, siendo prematuro, por el momento la exigencia de rendimientos en unos estudios que acaba de comenzar, y sin perjuicio de que tal situación se mantenga en el tiempo, y se le exija a la hija un determinado rendimiento escolar que, ahora mismo resulta prematuro exigir; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 2010, 160204).

[69] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 25 de octubre de 2016 *(RJ* 2016, 4977) se prolonga la prestación alimenticia a tres años; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 17 de mayo de 1996 *(AC* 1996, 893) prorroga la pensión de alimentos por el plazo de cinco años a partir de la fecha de presentación de la demanda; de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. única, de 1 de abril de 1998 *(AC* 1998, 4585) se señala que, si bien es cierto que, en principio, la obligación subsiste, mientras subsistan las necesidades del hijo beneficiado, tal obligación no puede establecerse a perpetuidad y pendiente de que el padre esté investigando la situación económica del hijo, que no se olvide reside en otra localidad, sino que ha de limitarse en el tiempo razonable para entender que una hija de 24 años con título universitario, tiene a su favor unas lógicas circunstancias que la obligan a buscar un trabajo remunerativo, debiendo por tanto limitarse la obligación del padre durante tres años más a partir de la presentación de la presente demanda en cuyo momento aquella obligación cesará; de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 5.ª, de 31 de marzo de 2005 *(JUR* 2005, 111144) su formación aún no ha concluido por causa que solo a ella le es imputable, pues, esta situación de descuido y abandono se ha prolongado en el tiempo durante, nada más y nada menos que, cuatro cursos académicos, de modo que la decisión de limitar la prestación a su favor al lapso temporal de dos años ha de considerarse acertada, ya que, además, su capacidad para procurarse empleo es manifiesta al haber desempeñado trabajos remunerados, al margen de su mayor o menor estabilidad; de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 28 de abril de 2009 (LA LEY 2009, 144053) una limitación temporal a un año a contar desde la presente resolución; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 13 de enero de 2010 (LA LEY 2010, 6559) al periodo de tres años computados desde la fecha de la Sentencia de instancia; de la Audiencia Provincial de Soria de, 3 de marzo de 2010 (LA LEY 2010, 32168) señala que parece beneficioso una limitación temporal con respecto a los hijos mayores de edad, porque de esta forma se crea en el acreedor una motivación para conseguir un estatus económico independiente, por ello conviene un límite temporal de dos años para la extinción de la pensión, pues, es más que suficiente para que el hijo del matrimonio esté en condiciones de alcanzar independencia económica y laboral, pues, contará con 28 años; de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 3 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 252629) hasta que cumpla los veintiún años; de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 28 de enero de 2011 (LA LEY 2011, 10082) no más allá de cinco años; de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 22 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 204443) plazo de cuatro años; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 14 de

abril de 2011 (LA LEY 2011, 91707) dos años desde la fecha de la presente resolución; de la Audiencia Provincial de Ávila, de 12 de julio de 2011 (LA LEY 2011, 209292) a dos años desde la presente resolución; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, 19 de marzo de 2015 *(JUR* 2015, 143113) durante un año; de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 29 de abril de 2015 *(JUR* 2015, 130762) un año y medio; y, de la misma Audiencia y sección, 21 de abril de 2016 *(AC* 2016, 734) durante dos años.

[70] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2016 *(RJ* 2016, 4977); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2016 *(JUR* 2017, 5481); y, 28 de octubre de 2016 *(JUR* 2017, 5273).

[71] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562) hijas graduadas universitarias con plena capacidad física y mental que superan los 30 años; tal situación no es conceptuable como de necesidad; y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 1.ª, 21 de abril de 2016 *(AC* 2016, 734).

[72] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 25 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 26886); y, de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 4 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 175522).

[73] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 10.ª, 19 de enero de 2015 *(AC* 2015, 294).

[74] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 16 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 115700).

[75] AGUILAR RUIZ, L. (2001). «El derecho a recibir alimentos de los hijos mayores de edad que voluntariamente abandonan el hogar familiar», *op. cit.*, p. 334.

[76] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Granada de 23 de julio de 1992 *(AC* 1992, 1022) trabajos temporales y acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 23 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 223878) se acredita que tiene estudios terminados, y actualmente está incorporada al mundo laboral; de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 9 de julio de 2010 (LA LEY 2010, 133992), tiene un empleo estable y suficientemente remunerado; de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 10 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 296692) Candelaria tiene 24 años de edad ha finalizado su periodo de formación hace más de tres años, y ha iniciado su actividad laboral con contratos temporales, demostrando una aptitud y capacidad para el desempeño de actividades remuneradas; de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 12 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 91688) tiene independencia económica; de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 3 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 191670) los progenitores están obligados a contribuir para satisfacer los alimentos de los hijos hasta que obtengan ingresos propios, por lo que, *a sensu contrario*, cesará esta obligación cuando los hijos sean independientes económicamente de sus progenitores, situación que ha de equipararse a la posibilidad real de serlos, y en el caso de *litis* se da esta última circunstancia pues el hijo abandonó un trabajo que ya duraba nueve meses ininterrumpidos y con visos de permanencia y promoción, en consecuencia, al haber interrumpido el hijo voluntariamente la trayectoria real de independencia económica de sus progenitores, cesa la obligación de estos de prestarle alimentos, y si bien es verdad que el hijo cuenta tan solo con 19 años cuando se presenta la demanda, también lo es que a los 14 años dejó los estudios y que, por lo tanto, desde los 16 años debió procurar y mantener su acceso al mercado laboral; de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 7 de diciembre de 2011 (LA LEY 2011, 249160); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 31 de marzo de 2014 *(JUR* 2014, 112846) acceso al mercado laboral con plena independencia económica; de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 5.ª, 25 de junio de 2015 *(JUR* 2015, 179050) oficio remunerado en distintas empresas desde hace años y vive con independencia de sus padres; y de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, 8 de julio de 2016 *(AC* 2016, 1402).

[77] Como precisan DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, *op. cit*., p. 46, pese al nombre, la obligación de alimentos comprende un conjunto de prestaciones cuya finalidad no es solo la estricta supervivencia, también busca una mejor inserción social (educación e instrucción). *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, de 13 de diciembre de 1999 *(AC* 1999, 8479), en la determinación de los alimentos han de cuantificarse globalmente para todos los conceptos; en el

mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 13 de junio de 2002 *(JUR* 2002, 278182); y, de esta misma Audiencia y sección, la Sentencia de 18 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 121096) define los alimentos como aquellos que son indispensables para el mantenimiento, vivienda, vestido, asistencia médica y gastos de formación en determinados supuestos; configurando así un concepto de alimentos en sentido estricto o limitado a lo indispensable, a diferencia del concepto de alimentos para los hijos menores se entiende en sentido más amplio y no solo a cubrir las necesidades alimenticias en lo que resulta indispensable.

[78] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 1.ª, de 17 de noviembre de 2000 *(JUR* 2001, 87079) hija mayor de edad que cursa sus estudios en una universidad privada fuera del domicilio paterno, gastos mensuales de matrícula y cantidad para gastos personales; y de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, de 30 de septiembre de 2009 *(JUR* 2009, 460298) becas y ayudas al estudio insuficientes para lograr su total manutención.

[79] PADIAL ALBÁS, A. (1997). La obligación de alimentos entre parientes, *op. cit.,* p. 99. *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 7 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 177778).

[80] MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (2002). La obligación legal de alimentos entre parientes, *op. cit.,* p. 451. *Vid.,* asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 28 de enero de 1999 *(AC* 1999, 6042); de la Audiencia Provincial de León, secc. 2.ª, de 28 de enero de 1999 *(AC* 1999, 6042); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 16 de febrero de 1999 *(AC* 199973475); de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 3.ª, de 30 de septiembre de 1999 *(AC* 1999, 7590); y, de la Audiencia Provincial de Almería, secc. 1.ª, de 6 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 116487); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, secc. 6.ª, 22 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 180258).

[81] *Vid.,* las Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 13 de junio de 1992 *(AC* 1992, 1061); de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1267); de la Audiencia Provincial de Navarra de 18 de diciembre de 1995 *(AC* 1995, 2453); de Las Palmas de 29 de enero de 1996 *(AC* 1996, 809); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 3 de noviembre de 1999 *(AC* 1999, 8026); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 3.ª, de 9 de mayo de 2003 *(JUR* 2003, 171700); de la Audiencia Provincial de La Rioja, secc. 1.ª, de 8 de marzo de 2006 *(JUR* 2006, 130666); y, de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, 20 de octubre de 2016 *(JUR* 2017, 5481).

[82] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 7 de febrero de 1995 *(AC* 1995, 1000).

[83] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 17 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2532); de 28 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4785); y, de 21 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4443); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 13 de septiembre de 2016 *(JUR* 2016, 238322).

[84] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 11 de mayo de 1995 *(AC* 1995, 1622).

[85] *Vid.,* el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 18 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 111678) se incluye en los gastos extraordinarios los gastos de matrícula universitaria y material para la formación. Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, secc. 4.ª, de 8 de marzo de 2002 *(JUR* 2002, 150608) la contribución a los gastos extraordinarios será de forma proporcional a los recursos económicos y no a los ingresos; en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 5.ª, de 24 de septiembre de 2010 *(JUR* 2011, 72341) los gastos extraordinarios se dispone que sean al 50%; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 2 de noviembre de 2010 *(JUR* 2011, 22195) los gastos extraordinarios como el permiso de conducir o del permiso de patrón de embarcación queda sometido al régimen que las Sentencias de separación o divorcio establecen para este tipo de gastos.

[86] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de octubre de 1994 *(AC* 1994, 1768), señala que no cabe fijar la obligación de alimentos en un cifra porcentual en atención a la indeterminación de los ingresos del esposo obligado. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 14 de julio de 1995 *(AC* 1995, 1304), se determina la

cuantía de la obligación de alimentos en una cuota o porcentaje sobre los ingresos líquidos percibidos y no en una concreta suma de dinero mensual.

[87] La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de noviembre de 1983 *(RJ* 1983, 5956), se trata de una cuestión de hecho la fijación de tal proporcionalidad; las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de enero de 1992 *(AC* 1992, 88); de la Audiencia Provincial de Asturias de 14 de mayo de 1992 *(AC* 1992, 720); de la Audiencia Provincial de A Coruña de 27 de octubre de 1993 *(AC* 1993, 2053); de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 13 de noviembre de 1995 *(AC* 1995, 2032); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 3.ª, de 1 de abril de 1998 *(JUR* 1998, 98781); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 25 de mayo de 1998 *(AC* 1998, 5430); de la Audiencia Provincial de León, secc. 1.ª, de 24 de septiembre de 1998 *(AC* 1998, 1768); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 2 de diciembre de 1998 *(JUR* 1999, 30970); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 14 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 6654); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 21 de julio de 2000 *(JUR* 2001, 3345) el 30% de los ingresos netos del esposo; de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 4 de mayo de 2001 *(JUR* 2001, 190233); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 5 de marzo de 2002 *(JUR* 2002, 161649); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 82082); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 9 de septiembre de 2003 *(JUR* 2003, 269394); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, de 27 de abril de 2004 *(JUR* 2004, 172051); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 23 de junio de 2005 *(AC* 2005, 1452); de la Audiencia Provincial de Cáceres, secc. 1.ª, de 17 de abril de 2007 *(JUR* 2007, 262459); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 8 de abril de 2010 (LA LEY 2010, 96798); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 28 de abril de 2010 (LA LEY 2010, 100832); de la Audiencia Provincial de Albacete, secc. 1.ª, de 10 de mayo de 2010 (LA LEY 2010, 86513); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 26 de julio de 2010 (LA LEY 2010, 138682); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 2.ª, de 10 de noviembre de 2010 (LA LEY 2010, 296692); de la Audiencia Provincial de Palencia, de 17 de enero de 2011 (LA LEY 2011, 12855); de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, de 4 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 12788); de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10.ª, de 30 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 165088); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 8 de noviembre de 2011 (LA LEY 2011, 267424).

[88] Si bien, la validez de estos pactos no descarta la posible intervención judicial posterior para su revisión.

[89] Como señala ROCA JUAN, J. (1971). Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos, *Anales de la Universidad de La Laguna*, p. 12, acto que, se mueve solamente en los límites de los fines de la norma aunque el juicio descansa en la libre convicción sobre los hechos básicos contenidos en el proceso.

[90] Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1997 *(RJ* 1997, 678) señala que, se puede fijar en ejecución de Sentencia en un supuesto de embargo por ejecución de condenas a prestaciones alimenticias (art. 608 de la LEC).

[91] La cuantía no es recurrible en casación, *vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 1934 *(RJ* 1934, 2189); de 17 de mayo de 1971 *(RJ* 1971, 3158); y, de 3 de diciembre de 1993 *(RJ* 1993, 8940); y el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de junio de 2000 *(RJ* 2000, 4657).

[92] ROCA JUAN, J. (1971). Notas sobre la determinación de la cuantía en la prestación de alimentos, *op. cit.,* p. 17. *Vid.,* asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 14 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 213433).

[93] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1989 *(RJ* 1989, 1399).

[94] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 10 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 281191).

[95] Conforme al IPC, *vid.,* el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, secc. 1.ª, de 18 de abril de 2008 *(JUR* 2007, 262375); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229).

[96] LA LEY 2011, 204443. *Vid.,* asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 5.ª, de 12 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 91688).

[97] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 7 de octubre de 1996 *(AC* 1996, 2543); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 11 de enero de 1999 *(AC* 1999, 4102) ante la modesta cantidad que ingresa el obligado en concepto de pensión de incapacidad permanente; la Audiencia Provincial de Girona, secc. 2.ª, de 5 de marzo de 2001 *(JUR* 2001, 176811); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229) pues, está realizando la hija trabajos por los que percibe rentas por un contrato temporal a tiempo parcial (4 horas); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 27 de julio de 2016 *(JUR* 2016, 236761).

[98] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 23 de octubre de 1997 *(AC* 1997, 2131); de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 25 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5486) respecto de la fijada en el Convenio Regulador de separación matrimonial, al alcanzar el hijo la mayoría de edad y cursar estudios universitarios, que suponen un aumentos de sus necesidades; de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, de 29 de septiembre de 1999 *(AC* 1999, 1914) aumento de la cuantía por cursar estudios superiores en localidad distinta de donde vive; de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, de 28 de abril de 2010 (LA LEY 2010, 78137) mayores ingresos de la madres, de forma que su contribución ha de ser mayor; y, de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, secc. 4.ª, de 9 de diciembre de 2010 (LA LEY 2010, 249905) procede un incremento al ser mayores los gastos durante el curso lectivo, no pudiéndose descontar una beca que no consta concedida en el curso 2009/10; tal aumento de los gastos justifica, por tanto, una subida de la pensión de alimentos al superar notablemente los gastos cuya cobertura se preveía en la Sentencia de divorcio,

Por su parte, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 5.ª, de 21 de abril de 2008 *(JUR* 2008, 225359) se desestima un aumento de la pensión, pues tiene una beca de estudios y, trabaja los fines de semana.

[99] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 12 de julio de 2014 *(RJ* 2014, 4583); y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 26 de abril de 2012 *(JUR* 2012, 179825).

[100] *Vid.,* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, 29 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 134683).

[101] LÁZARO PALAU, C.M.ª (2008). *La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio*, Navarra: Thomson-Aranzadi, p. 25.

[102] LÁZARO PALAU, C.M.ª (2008). La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio, *op. cit.,* p. 25.

[103] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de marzo de 2001 *(RJ* 2001, 2562); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 9.ª, de 12 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 65247); y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 16 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 260210).

[104] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de octubre de 1993 *(RJ* 1993, 7464); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 1.ª, de 22 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6867); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 26 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 138816); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 30 de junio de 2005 *(JUR* 2006, 47270); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 2.ª, de 15 de febrero de 2006 *(JUR* 2006, 172411).

[105] LA LEY 125951/2015. Se fija una pensión alimenticia del 10% de los ingresos que se acrediten percibidos por el alimentante dada la edad de la menor y el trabajo de la madre, como empleada del hogar, a pesar de desconocerse el trabajo que puede estar desarrollando el padre en la actualidad.

[106] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 24 de octubre de 2008 *(RJ* 2008, 5794); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de junio de 1995 *(AC* 1995, 1267); de la Audiencia Provincial de Jaén, secc. 1.ª, de 26 de abril de 1999 *(AC* 1999, 4842); de la Audiencia Provincial de Badajoz, secc. 3.ª, de 31 de enero de 2001 *(JUR* 2001, 122798); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 8 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 124117).

[107] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 29 de mayo de 2002 *(JUR* 2002, 209048); y, de 18 de febrero de 2008 *(JUR* 2008, 130457).

[108] MORENO MOZO, F., *Cargas del matrimonio y alimentos*, Comares, Granada 2008, p. 84.

[109] RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F. (2011). Fundamento de la no discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales en la recepción de la pensión alimenticia, *Actualidad Civil, Primera Quincena de septiembre,* número 15, pp. 1677-1678; ECHARTE FELIÚ, A.M. (2000). *Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial*, Granada: Comares, pp. 137-138. Si bien, a nuestro entender se debe matizar sobre todo con relación a los hijos menores de edad, ya que la obligación de alimentos tiene un alcance más amplio. En todo caso, cabe una identificación de los alimentos a los hijos mayores de edad (art. 93.2 del Código Civil) y los alimentos entre parientes del artículo 142 del Código Civil.

[110] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001 (RTC 2001/1); y, Sala Segunda, de 14 de marzo de 2005 (RTC 2005/57). Asimismo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, secc. 4.ª, de 18 de noviembre de 2002 *(JUR* 2003, 91648); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, secc. 2.ª, de 4 de junio de 2003 *(JUR* 2003, 223298) que, precisa «(…) la situación de necesidad se presume en esos casos, como se presume sin dificultad que el menor ha de comer, vestirse, disponer de una vivienda, y de todo lo que integra el concepto jurídico de alimentos».

[111] Si bien, como matiza DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 93 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil,* T. I, director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 956, que «lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo será aplicable a alimentos debidos a consecuencia de la patria potestad con carácter indicativo, por lo que caben en la determinación de estos criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, exigencia jurídica nacida del interés público de protección de los alimentistas, habida cuenta el vínculo de filiación y la edad». *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de enero de 2014 *(RJ* 20147792); de 28 de marzo de 2014 *(RJ* 2014, 1941) juicio razonado de proporcionalidad en función del conjunto de datos; de 21 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4917); y, de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 12 de mayo de 1999 *(AC* 1999, 5921); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 22 de diciembre de 2000 *(JUR* 2001, 95648); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 27 de febrero de 2002 *(JUR* 2002, 136715); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.ª, de 4 de diciembre de 2002 *(JUR* 2003, 82105); de la Audiencia Provincial de Tarragona, secc. 3.ª, de 2 de enero de 2005 *(JUR* 2005, 104809); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 9 de mayo de 2006 *(JUR* 2006, 158589); de la misma Audiencia Provincial, secc. 4.ª, de 20 de noviembre de 2009 *(JUR* 2010, 26448); y, de 17 de diciembre de 2009 *(JUR* 2010, 68554).

[112] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 29 de marzo de 2011 (LA LEY 2011, 9107) señala que, el artículo 96.1 del Código Civil atribuye el derecho de uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154.2.1.º del Código. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 3 de marzo de 2010 *(RJ* 2010, 4016); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 24 de septiembre de 1999 *(AC* 1999, 7798); y, de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.ª, de 30 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 243246) que en relación con la cuantía de la pensión señala que debe quedar también ligada a la solución que se dé respecto al uso y atribución del domicilio familiar. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 14 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 52203) pone de manifiesto que, el artículo 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras. El principio que aparece protegido en esta disposición es el de interés del menor que requiere alimentos que debe prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 del Código Civil). Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 186204). Doctrina que, también se reitera con relación a una unión no matrimonial, así la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 1 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 14453); lo que de nuevo se establece en la Sentencia de este mismo Alto Tribunal, Sala Primera, de lo Civil, de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 72585).

Sin embargo, cuando se trata de hijos mayores de edad, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 *(RJ* 2011, 5677) no cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 del Código Civil; e, igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 30 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 39626) dispone que, ningún alimentista mayor de edad tiene derecho a obtener como parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir; y, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera de 25 de octubre de 2016 *(RJ* 2016, 4977) donde se indica que, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1.º sino del párrafo 3.º del artículo 96 del Código Civil que, permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

[113] ROCA TRIAS, E. (1984). Comentario al artículo 93 del Código Civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia,* Madrid: Tecnos, p. 588. *Vid.,* asimismo, la SAP Las Palmas, sección 3.ª, de 9 de julio de 1998 *(AC* 1998, 6858).

[114] La Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 14 de diciembre de 2004 *(JUR* 2005, 67089) considera que también se ha de tener en cuenta, para fijar el *quantum* de la pensión, el gasto que representa el pago de una renta cuando la vivienda que, se atribuye *ex* artículo 96 del Código Civil es alquilada.

[115] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial León, secc. 1.ª, de 14 de enero de 2016 *(JUR* 2016, 35063); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 3.ª, de 5 de mayo de 2016 *(JUR* 2016, 123402) aplicación de las tablas del CGPJ para fijar la pensión.

[116] *Vid.,* la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de octubre de 2002 (RTC 2002, 174) dispone al respecto que, la incapacitación total solo debe adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinarse la extensión y límites de la medida y deberá ser revisable. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009 *(RJ* 2009, 2901) respecto a la adecuación del sistema de protección establecido en el Código Civil con la Convención señala que: «1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección, esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impide autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada» (FJ 7.º).

[117] RJ 2014, 3540. En el mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2014 *(RJ* 2014, 4878); y, de 17 de julio de 2015 *(RJ* 2015, 3020); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 4.ª, 19 de febrero de 2010 *(JUR* 2010, 133069); y, de la Audiencia Provincial de Vizcaya, secc. 4.ª, 2 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 81127).

[118] *Vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, 28 de febrero de 2000 *(JUR* 2000, 148625); de la Audiencia Provincial de Sevilla, secc. 8.ª, 30 de septiembre de 2002 *(JUR* 2003, 89611); y, de la Audiencia Provincial de Ourense, secc. 1.ª, 30 de enero de 2015 *(JUR* 2015, 74892).

[119] En esta línea, DE LA IGLESIA MONJE, I. (2015). Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 747, enero-marzo, pp. 362-363 quien, asimismo, señala que, se puede acordar una obligación alimenticia flexible y atemperada a las circunstancias y siempre desde la supremacía del principio general del beneficio del mayor de edad.

Asimismo, *vid.,* las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, 15 de marzo de 2012 *(JUR* 2012, 127158) hija con deficiencia física que no ha concluido su formación; de la mismas Audiencia Provincial y sección, de 28 de junio de 2012 *(JUR* 2012, 275053) hijo de 19 años de edad que padece un ligero retraso mental y permanece en el domicilio

familiar; y, de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, secc. 2.ª, 24 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 262326) hijo con una discapacidad del 34% y que actualmente se encuentra cursando estudios. Dificultad de acceso al mundo laboral.

[120] *RJ* 2014, 4878. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3159); la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 17 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6388) no procede la supresión de la pensión ante la minusvalía del 97% del alimentista y lo exiguo de los ingresos que obtiene; y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 5 de febrero de 2001 *(JUR* 2001, 134253) la percepción por la hija de una ayuda económica derivada de su condición de minusválida no excluye la obligación de alimentos, pues, se trata de una ayuda destinada a paliar la minusvalía y a favorecer la integración social no a la obtención de alimentos; de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sec. 4.ª, 15 de enero de 2003 *(AC* 2003, 140) no procede la supresión pese a la que la hija percibe una pensión en su condición de minusválida, pues, la sola existencia de ingresos provenientes de instituciones públicas para paliar la situación de incapacidad no justifican la supresión de la pensión con cargo al padre; de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 5.ª, 9 de octubre de 2014 *(JUR* 2015, 5633) no procede la reducción de la cuantía, pese al incremento de pensión contributiva de hija invidente al alcanzar la mayoría de edad y trabajos esporádicos en la ONCE, que se compensan con un incremento de gastos de asistencia farmacéutica y empeoramiento de la situación física; de la Audiencia Provincial de A Coruña, secc. 3.ª, 21 de noviembre de 2014 *(JUR* 2014, 46594); y, de la Audiencia Provincial Vizcaya, secc. 4.ª, 2 de febrero de 2016 *(JUR* 2016, 81127). Sin embargo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 1.ª, 18 de febrero de 1999 *(AC* 1999, 3861) procede la reducción de la cuantía de la pensión que se da al hijo minusválido, pues, la esposa percibe una ayuda en atención del hijo; en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, secc. 1.ª, 12 de marzo de 2001 *(AC* 2001, 786) se estima la supresión de la pensión, pues, el hijo obtiene por su minusvalía una prestación familiar que le permite sufragar el coste del centro especializado a que acude y en el que desarrolla la mayor parte de su actividad diaria; y, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 30 de abril de 2014 *(JUR* 2014, 275595) no procede la prestación de alimentos, al percibir una pensión por discapacidad y además la discapacidad que tiene, no le impide realizar trabajo remunerado.

[121] Sobre la atribución del uso de la vivienda en general, *vid.,* LÓPEZ AZCONA, A., (2015-2016). La atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar en caso de ruptura de la convivencia en Derecho aragonés: una relectura de los artículos 77 y 81 CDFA a la luz de la jurisprudencia, *Revista de Derecho Civil Aragonés, número 21-22,* pp. 37 a 111; SANTOS MORÓN, M.ª J. (2014). La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma, *Revista de Derecho Civil,* vol. I, núm. 3, julio-septiembre, pp. 1 a 36.

[122] *Vid.,* las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 29 de abril de 1994 (LA LEY 1994, 13928); de 1 de abril de 2011 (LA LEY 2011, 14453) que aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código Civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; de 21 de junio de 2011 (LA LEY 2011, 90854); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 2012, 56726); de 30 de mayo de 2012 (LA LEY 2012, 69264) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil; de 17 de octubre de 2013 (LA LEY 2013, 156714); de 17 de febrero de 2014 (LA LEY 2014, 10444); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 2014, 40090); de 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745/2014); y, de 5 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 5967); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial Las Palmas, de 13 de marzo de 1995 *(AC* 1995, 758); de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 10 de diciembre de 1997 *(AC* 1997, 2439); de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 4.ª, de 27 de febrero de 1998 *(AC* 1998, 326); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 1.ª, de 29 de junio de 1998 *(JUR* 1998, 89243); de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 7.ª, de 23 de julio de 1999 (LA LEY 1999, 115070); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 15 de junio de 2006 *(JUR* 2007, 10406); de la Audiencia Provincial de Lugo, secc. 1.ª, de 18 de enero de 2007 (LA LEY 2007, 27477);

de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 2008, 279953); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 18 de febrero de 2010 (LA LEY 2010, 38828); de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 20 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 125895); de la Audiencia Provincial de Córdoba, secc. 2.ª, de 2 de marzo de 2012 (LA LEY 2012, 224628); de la Audiencia Provincial de Murcia, secc. 4.ª, de 19 de julio de 2012 (LA LEY 2012, 120942); de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 2012, 224164); de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 12.ª, de 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 2013, 214050); y, de la Audiencia Provincial A Coruña, secc. 3.ª, de 23 de julio de 2014 (LA LEY 2014, 104742).

[123] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo (Pleno), Sala Primera, de lo Civil, de 5 de septiembre de 2011 (LA LEY 2011, 189049) fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3 del artículo 96 del Código Civil, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección»; de 11 de noviembre de 2013 *(RJ* 2013, 7262); de 12 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 2090); de 29 de mayo de 2015 (LA LEY 2015, 64997); de 17 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 2532); de 27 de octubre de 2015 *(RJ* 2015, 4787);de 6 de octubre de 2016 *(RJ* 2016, 4586); de 25 de octubre de 2016 *(RJ* 2016, 4982); de 21 de diciembre de 2016 *(RJ* 2016, 6275); y, de 19 de enero de 2017 *(JUR* 2017, 20761). Asimismo, el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 2 de noviembre de 2016 *(RJ* 2016, 5236); y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 23 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 53123).

[124] *RJ* 2013, 7262. En este mismo sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 29 de mayo de 2015 (2015/2273); 30 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 4584); de 11 de noviembre de 2013 *(RJ* 2014, 7262); y, de 12 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 2090).

[125] LA LEY 2017, 601.

[126] JUR 2017, 20739.

[127] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 2.ª, 23 de diciembre de 2015 *(JUR* 2016, 53123) vivienda familiar privativa del padre, no procede la atribución a la madre, pues dispone de otra vivienda que puede habitar y que tiene espacio para albergar a las hijas mayores de edad cuando vengan a estar con ella.

[128] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de febrero de 2014 *(RJ* 2014, 2090).

[129] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 28 de noviembre de 2014 *(JUR* 2014, 19455); y, de 18 de mayo de 2015 *(JUR* 2015, 159158).

[130] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, secc. 3.ª, 10 de julio de 2015 *(JUR* 2016, 41296).

[131] *RJ* 2014, 2090.

[132] *Vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 10 de octubre de 2011 (LA LEY 2011, 194732); de 17 de junio de 2013 (LA LEY 2013, 87809) uso por el hijo y la esposa durante tres años; y, de 16 de septiembre de 2016 *(RJ* 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente Sentencia; las Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 5 de julio de 2008 *(JUR* 2008, 243457) dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, de 28 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 223438) límite temporal máximo de cuatro años; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, secc. 18.ª, de 24 de mayo de 2011 (LA LEY 2011, 130663) a dos años.

[133] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 12.ª, de 29 de marzo de 2010 *(AC* 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 22.ª, de 8 de marzo de 2013 *(JUR* 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años.

[134] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, secc. 2.ª, de 18 de febrero de 2011 (LA LEY 2011, 55229).

[135] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, de 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 2013, 180585); y, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 21 de mayo de 2007 (LA LEY 2007, 117631); de la Audiencia Provincial de

Madrid, secc. 24.ª, de 10 de octubre de 2012 (LA LEY 2012, 175093); y, de la Audiencia Provincial de Valladolid, secc. 1.ª, de 22 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 52437).

[136] *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, secc. 10.ª, de 21 de febrero de 2005 *(JUR* 2005, 84882) establece un límite temporal máximo de cinco años a los efectos de alcanzar la independencia económica, salvo que se alcance antes, en cuyo caso se extinguirá automáticamente el uso; de la Audiencia Provincial de Segovia, secc. 1.ª, de 20 de octubre de 2009 *(JUR* 2010, 28500); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 7.ª, de 15 de marzo de 2013 (LA LEY 2013, 42578).

[137] *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, secc. 6.ª, de 19 de septiembre de 2014 *(JUR* 2014, 253755).

[138] RJ 2015, 2273. Al respecto, el artículo 69.2 del Código Foral aragonés establece con respecto a la prestación de alimentos de los hijos mayores de edad un límite, pues, tal derecho se extingue cuando el hijo cumpla los veintiséis años a no ser que, convencional o judicialmente, se hubiera fijado una edad distinta, sin perjuicio del derecho del hijo a reclamar alimento. Y, el artículo 12.5 apartado 2 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores dispone que, en el caso que el uso de la vivienda familiar se atribuya a uno de los cónyuges por otorgarle la guarda y custodia de los hijos, ya sea exclusiva o compartida, y la vivienda fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, dispondrá del uso solo mientras dure la obligación de prestarles alimentos.

Vid., asimismo, un análisis de la atribución del uso de la vivienda en caso de hijos mayores de edad y de esta cuestión en VERDERA IZQUIERDO B. (2016). Estudio de los últimos postulados referentes a la atribución del uso de la vivienda familiar. La «necesidad de vivienda», *Indret enero*, pp. 40-43.

[139] *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2012 *(RJ* 2012, 6547).

[140] JUR 2017, 20694. En el juicio de divorcio promovido por doña Esperanza contra don Alfonso, se discute sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar que la Sentencia del Juzgado confirmada por la de la Audiencia Provincial, atribuye a la esposa «por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años». La peculiaridad del caso estriba en el hecho que la vivienda es privativa del esposo, que no hay hijos menores de edad y que uno de ellos, Rosana, padece esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control, especialmente con la medicación.

[141] Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, secc. 3.ª, 26 de enero de 2015 *(JUR* 2016, 4526) se atribuye la vivienda a la madre, al entender que hay que cubrir las necesidades del hijo común con una discapacidad psíquica importante del 65% y que es dependiente económicamente de sus padres. Al respecto señala que «esta adjudicación del uso en realidad no se hace a la madre por entender que sus circunstancias son merecedoras de una mayor protección ya que claramente se expone por el Juzgador que las circunstancias concurrentes entre los esposos, sus situaciones económicas son «similares», sino porque es necesario cubrir las necesidades del hijo común, Augusto, con minusvalía psíquica importante, 65%, dependiente económicamente de sus padres, y que según manifestó expresamente en el acto de la vista prefería vivir en dicho domicilio con su madre hasta el punto de que si se atribuía el uso del domicilio a su padre, tendría que abandonar la vivienda ya que tiene mala relación con este, habiendo llegado a agredirle en varias ocasiones durante su infancia».

1.3. Derechos reales

Ni la responsabilidad patrimonial universal ni la fianza impiden la dación en pago o la limitación de la responsabilidad al precio del piso hipotecado (Comentario de la SJM núm. 10 de Barcelona de 7 de diciembre de 2016)

Payment in or limited liability to the price of the mortgaged floor

por

CARLOS BALLUGERA GÓMEZ
Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad

RESUMEN: El Juez anula las condiciones generales de responsabilidad patrimonial universal del deudor y de fianza de un tercero, por la aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial de la transparencia real, según la que el banco está sujeto a obligaciones legales de información previa que debe cumplir en los tratos preliminares, para que el adherente medio, tenga una posibilidad real de conocer la carga jurídica y económica de la cláusula.

Me he ocupado de esta materia desde que empezó la crisis. No me gusta la dación en pago, porque aparte de que con ella el deudor se queda sin casa, en caso de que la deuda no sea muy grande en relación con el valor de la finca, el deudor se queda sin finca por una miseria.

Por eso lo mejor me parece que el deudor reciba por su casa, cuando se la adjudique el banco al margen del mercado, el valor pactado de tasación, que es un auténtico valor de mercado, cuando el mercado desaparece en la subasta por efecto de la crisis.

Lo que hago en ese artículo es, partiendo de ese presupuesto, poner de manifiesto, aparte de los utilizados en la Sentencia, otros argumentos que militan contra la validez de las cláusulas y que pueden ser esgrimidos en el recurso que ha anunciado Bankia.

También deseo que en ese recurso la Audiencia, además de confirmar la nulidad por abusivas de las cláusulas, ordene de oficio, la inscripción de las condiciones generales anuladas en el Registro sobre Condiciones Generales de la Contratación, como ha hecho, con acierto, la Audiencia de Vitoria-Gasteiz en su Sentencia de 30 de diciembre de 2016.

ABSTRACT: Mortgages are in a whirl. Just as soon as the judgment commented on in this article came out, the government invented a new way for mortgage bor-

rowers anxious to get back what they overpaid under "floor clauses" to bypass the congested judicial system.

I am going to take a deep breath and, with the calm afforded by the stately pace of court workings, I am going to comment on a judgment that many identify as surrender in lieu of payment, but which actually just annuls two abusive general conditions that used to saddle mortgages with two additional guarantees: the present and future assets of the borrower and a joint third-party bond.

PALABRAS CLAVE: Dación en pago. Mercado. Autonomía de la voluntad. Protección de las personas consumidoras. Crisis. Cláusulas abusivas. Transparencia real. Obligaciones legales de información previa al contrato.

KEY WORDS: Payment in. Market. Autonomy of the will. Consumer protection. Crisis. Unfair terms. Real transparency. Legal pre-contract information obligations.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. UNA CONDICIÓN GENERAL PARA DISIMULAR UN ACUERDO.—II. ARGUMENTOS ADICIONALES: 1. Los tratos preliminares. 2. Pacto o condición particular de limitación de la responsabilidad hipotecaria a la garantía. 3. Contradicción entre cláusulas. 4. Sobregarantía. 5. Interpretación prohibida en la lista negra.—III. LA AMENAZA DE RECURSO Y LOS ALIADOS DE LA PERSONA CONSUMIDORA.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia que voy a comentar declara la abusividad por falta de transparencia de dos condiciones generales, una que establece, al lado de la hipoteca, la responsabilidad patrimonial universal del deudor y, otra, que pone junto a él a unos terceros como fiadores personales solidarios. En resumen, una deuda se asegura con tres garantías: hipoteca, responsabilidad universal y fianza solidaria[1].

El resultado de la Sentencia me parece ajustado a Derecho. No comparto las críticas de algunos juristas que dicen que es contraria a la seguridad jurídica y anula el principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil[2].

Como dice el Juez que ha firmado la Sentencia, él se ha limitado a declarar nulas por abusivas dos cláusulas de una hipoteca, pero ni ha derogado ni se ha cuestionado el artículo 1911 del Código Civil, que sigue vigente[3].

El Juez se ha ceñido minuciosamente, para tomar su decisión, a la doctrina del TJUE y del TS sobre la transparencia real de las condiciones generales. Pero junto a sus argumentos vemos otros que, si bien no se esgrimieron para fundar un fallo que compartimos, pueden ser de alguna utilidad contra el recurso que el banco ha anunciado que interpondrá[4].

Hay bastantes argumentos para que el recurso de Bankia fracase, pero si alguna utilidad han de tener los tribunales de justicia más allá de servir de parapeto de los fuertes para mantenerse en el abuso, muy bien puede y debe el tribunal ordenar de oficio, al igual que ha hecho la SAP Vitoria-Gasteiz de 30 de diciembre de 2016, la inscripción de la Sentencia sobre nulidad de estas condiciones generales, una vez firme, en el RCGC. Solo por eso, la tensión del recurso habría merecido la pena[5].

II. UNA CONDICIÓN GENERAL PARA DISIMULAR UN ACUERDO.

Antes de aportar argumentos adicionales convengo con las críticas que, probablemente, la condición general que salva la responsabilidad patrimonial universal del deudor refleje una norma imperativa de Derecho nacional en el sentido de la Directiva 93/13/CEE, en concreto el artículo 1911 del Código Civil, y por ese motivo quede fuera del ámbito de la misma.

El artículo 1911 del Código Civil opera en defecto de pacto y como tal es una norma supletoria, pero en este caso hay una circunstancia que no podemos pasar por alto, a saber, que hay pacto en contrario en la hipoteca, como veremos, que limita la responsabilidad hipotecaria al valor de tasación del inmueble dado en garantía, por lo que la aplicación del artículo 1911 del Código Civil contradice una condición particular negociada.

Como el acuerdo de limitación de responsabilidad a la garantía es tácito y no expreso, se quiere disimular la existencia de ese acuerdo con una condición general, que si no hubiera pacto sino laguna, por el carácter supletorio del artículo 1911 del Código Civil, sería innecesaria. La condición general solo hace falta para crear la apariencia de que no hay pacto en contrario[6].

La misma existencia e imposición de la cláusula salvando la responsabilidad patrimonial universal del deudor, es indicio de que hay un acuerdo no expreso de limitación de responsabilidad al bien hipotecado. No es posible desvirtuar una condición particular con una condición general salvo que la condición general sea más beneficiosa para la persona consumidora, lo que no ocurre en este caso.

Cuando hay un pacto o acuerdo contrario prevalece el acuerdo sobre la norma supletoria, además, conforme al artículo 6.1 LCGC prevalece la condición particular sobre la general y por el artículo 1288 del Código Civil en caso de ambigüedad prevalece la condición más beneficiosa para la persona consumidora[7].

El banco podría haber alegado que el acuerdo de limitación de responsabilidad es tácito y oscuro y no se ha incorporado al contrato por falta de transparencia, alegato que no se ha producido al estar el acreedor en rebeldía. Pero caso de que hubiese tal alegato, la regla sobre la transparencia que se pretendiera aplicar resulta ser una norma de protección del adherente, es decir semiimperativa, que solo protege a la persona consumidora o lo que es lo mismo, la exigencia de transparencia no se aplica en perjuicio de la persona consumidora.

III. ARGUMENTOS ADICIONALES

1. Los tratos preliminares

La Sentencia no da muchas pistas sobre el negocio celebrado ni sobre sus antecedentes, pese a que en ella se habla del cumplimiento por el banco de su deber de transparencia, deber cuyo cumplimiento forma parte de los tratos preliminares. Por eso me voy a esforzar en completar el caso y ponerle un antecedente o al menos un contexto.

Previsiblemente, cuando los deudores fueron a pedir el préstamo para pagar su piso, el banco les dijo que no les daría el dinero si el precio de venta en el mercado de la vivienda no cubría o igualaba toda la deuda, capital, intereses, etc.

Que esa era una afirmación seria lo inducimos de que el banco le pidiera al cliente una tasación oficial o la encargara el banco por su cuenta con cargo al

cliente, una tasación que diese un valor del piso suficiente para cubrir toda la responsabilidad por la deuda.

Que la tasación la pagara el cliente me hace dudar. Si la pagó el cliente era porque la tasación le beneficiaba. Pero ¿qué beneficio va a sacar el cliente de la tasación si sabe de sobra cuánto le pide el vendedor? En realidad, a él no le hace ninguna falta.

El que impuso la tasación fue el banco. Prueba palpable está en que hay una estipulación con un valor de tasación para subasta del piso hipotecado. El banco impone esa cláusula en el contrato porque le beneficia, ya que le permite usar la ejecución directa o la venta extrajudicial en caso de impago del cliente. Es al banco a quien le hace falta la tasación para poner en la escritura esos pactos ventajosos para él. Además, la necesita si quiere titulizar la hipoteca.

Pero… la tasación también beneficia al cliente, porque según el artículo 671 LEC, en caso de subasta desierta el banco puede adjudicarse la vivienda por el 70% del valor de tasación. Ese porcentaje es el que determina la cantidad que se destinará a pagar la deuda. Cuanto mayor sea el valor de tasación mayor será el resultado de aplicarle el porcentaje y por tanto mayor parte de deuda se saldará con la adjudicación al banco, aunque quede un remanente de deuda.

El cobro de ese remanente es el que quería preservar el acreedor con las condiciones generales que esta Sentencia declara nulas. Nulas las condiciones generales desaparece la garantía contractual de tal remanente. Así que ahora se comprende porque se habla en los medios que la Sentencia impone la dación en pago. El público ha entendido que con la Sentencia que anula estas dos cláusulas, se impone una dación en pago, donde el pago y consecuente liberación del deudor es íntegro y total, al margen de que la tasación sea más alta o más baja[8].

Con ello deja de ser importante para la persona consumidora que la tasación sea alta o baja, ya que se verá liberada igualmente con la entrega de la vivienda. Sin embargo, para la persona consumidora la tasación todavía cumple otro papel.

Si parecía necesaria una tasación objetiva de la finca dada en garantía era porque se necesitaba un valor objetivo para compararlo con la deuda y con la responsabilidad por la misma, para que nos hubiéramos podido asegurar, con una sencilla comparación, que el valor de la garantía era igual o mayor al valor de la responsabilidad.

La tasación es un elemento más que las partes esgrimen para sellar su acuerdo por el que el banco da el préstamo a cambio de recibir una garantía suficiente junto con las demás obligaciones del adherente de devolver capital e intereses, en el término que resulta del programa o cuadro de pagos estipulado. La tasación y su incorporación al pacto que fija un tipo para subasta en caso de incumplimiento es indicio del acuerdo de limitación de la responsabilidad hipotecaria al valor del piso.

Pero como la tasación se hace no solo en provecho del cliente, sino que también beneficia al banco, parece que lo lógico es que ambas partes se repartan su coste. Sin embargo, la tasación la paga íntegra el cliente.

2. Pacto o condición particular de limitación de la responsabilidad hipotecaria a la garantía

También se ha dicho que la dación en pago iba contra la legislación hipotecaria. Nada más lejos de la realidad, la limitación de la responsabilidad hipotecaria al valor de la garantía está permitida por la legislación hipotecaria, en concreto

por el artículo 140 LH, conforme al que «podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados».

Habida cuenta de que, en ningún caso, se dice que el acuerdo deba ser expreso, parece, muy al contrario, que todas las circunstancias indicadas revelan que en la escritura de hipoteca voluntaria de este caso existe un pacto, acuerdo o estipulación por la que el deudor se obligaba a responder de la deuda solo con el inmueble hipotecado.

Tales circunstancias no crean una condición general, sino un acuerdo negociado, una condición particular. Es verdad que junto a ese pacto fruto de la negociación existe una condición general, cuyo carácter de tal minuciosamente queda establecido en la Sentencia, que predica del deudor su responsabilidad patrimonial universal.

3. Contradicción entre cláusulas

Recapitulando vemos en la hipoteca dos estipulaciones que, además, son o pueden ser contradictorias, primero, un conjunto de circunstancias que expresan, en el curso de la negociación para cerrar el contrato, la voluntad de las partes de limitar la responsabilidad al bien hipotecado —o me das garantía suficiente o no hay préstamo, se exige tasación, la paga el cliente, se estipula un tipo de tasación para subasta, incluso la existencia de la misma cláusula salvando la responsabilidad patrimonial universal es indicio de que se pretende desvirtuar, porque existe, un acuerdo de limitación de la responsabilidad.

Segundo, al lado de la anterior hay una estipulación expresa, una condición general, que interpreta el conjunto del contrato en el sentido de que subsiste la responsabilidad patrimonial universal del deudor y que se completa con una fianza solidaria a cargo de terceros. ¡Tres garantías para una deuda!

No parece muy conforme a la buena fe que el prestamista haga ver al cliente, en los tratos preliminares, que tiene que pagar una tasación porque la vivienda tiene que cubrir toda la deuda y que, luego, le imponga una condición general que desvirtúe esa expectativa, creada deliberadamente por el predisponente, con una condición general oculta en el formulario e incorporada a la escritura.

El pacto de limitación de responsabilidad se contradice con el mantenimiento de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, hay una contradicción entre una condición particular y una general. La única manera de salir de esa contradicción por medio de la interpretación es seguir la regla del artículo 6.1 LCGC donde prevalece la condición particular en beneficio de la persona consumidora.

En su defensa podría aducir el banco, lo que no hace por estar en rebeldía, que la condición general que salva la responsabilidad patrimonial universal del deudor ha sido negociada. Pero entonces tendrá que demostrarlo, pero en el recurso no podrá hacerlo.

Si el banco hubiese litigado y hubiese probado, hipotéticamente, que la condición general imponiendo al deudor la responsabilidad patrimonial universal además de la hipoteca, fue negociada, el resultado habría sido el mismo. Estaríamos en una hipoteca con dos condiciones particulares contradictorias.

Casi se adivina la regla aplicable, nada menos que el artículo 6.2 LCGC, o tal vez mejor el artículo 1288 del Código Civil ¡una norma de más de cien años! Incluso el artículo 80.2 TRLGDCU, más nuevo y que solo se aplica a

las acciones individuales. Pero es que en caso de acciones colectivas la estipulación que salva la responsabilidad patrimonial universal es directamente nula por abusiva[9].

4. Sobregarantía

Continuando con los argumentos adicionales prometidos, hay que decir que añadir a la hipoteca la responsabilidad patrimonial universal del deudor y una fianza solidaria de terceros es sobregarantía y que la sobregarantía está prohibida por el artículo 88.1 de la lista negra del TRLGDCU[10].

La imposición en condiciones generales de la responsabilidad patrimonial universal sumada a la garantía suficiente e íntegra conseguida por el banco con la hipoteca, es una garantía desproporcionada, cuya desmesura se agranda al añadir a la escritura la fianza solidaria de terceros. Hay sobregarantía de la deuda contra los artículos 82.4.d) y 88.1 TRLGDCU[11].

5. Interpretación prohibida en la lista negra

Además de contraria a la buena fe, la imposición de esas condiciones generales al desvirtuar la responsabilidad limitada del deudor, supone una interpretación del acuerdo que el profesional no puede hacer unilateralmente, conforme al artículo 85.3.I TRLGDCU y es, por tanto, abusiva[12].

IV. LA AMENAZA DE RECURSO Y LOS ALIADOS DE LA PERSONA CONSUMIDORA

Tras ese resultado el banco puede recurrir, está en su derecho y ha anunciado que lo va a hacer, pero las leyes que hemos citado, están a favor de las personas consumidoras.

Si el banco hace honor a su promesa de recurso se avecina una contienda incruenta ante los tribunales, donde el Estado democrático ha llevado el conflicto social, quitándole la parte violenta. Veremos, por tanto, un conflicto pacífico, civilizado.

En esa contienda y señaladamente en este caso, las personas consumidoras contamos con un aliado tradicional pero muy renovado, los abogados y sus colegios. Los abogados tienen objetivamente los mismos intereses económicos que las personas consumidoras, sobre esa base, una alianza entre unos y otros, está llamada al éxito en todos los órdenes[13].

Unas expectativas de éxito reforzadas en las escaramuzas legislativas previas al Real Decreto-ley de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, en cuya tramitación, el Gobierno presionado por el lobby bancario quiso despojar de la condena en costas a las personas consumidoras que pretendieran cobrar en el juzgado lo que, sin justificación, se les niega por el acreedor.

Si el profesional se obstina en no cumplir lo que legalmente le es obligado, tendrá que pagar las costas de la reclamación judicial y así lo recoge, pese a los intentos en contrario, el artículo 4 Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo[14].

En esa tarea van a tener, además, otro aliado, el Fiscal Delegado en las Comunidades Autónomas para las personas consumidoras, creado por la Circular 4/2016 de 22 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado. Sabemos que en Andalucía ya ha sido nombrado Fernando SANTOS[15].

El fiscal delegado tiene entre sus funciones establecer un plan de acción con prioridades, en coordinación con las autoridades administrativas de consumo, sobre el ejercicio de su legitimación en cualquier acción procesal en defensa de las personas consumidoras.

Termino como empecé: el resultado de la Sentencia comentada es plenamente conforme a Derecho. No compartimos las críticas a la misma y, con la cautela que hay que tener en todo asunto jurídico, voto porque el eventual recurso que se ventile se resuelva favorablemente para las personas consumidoras, con inscripción de oficio de la Sentencia en el RCGC.

V. CONCLUSIONES

Los temores de que la seguridad jurídica peligra por la Sentencia no tienen base. La seguridad jurídica precisamente consiste en aplicar la ley pese a la obstinación de quienes ponen cláusulas abusivas en las hipotecas.

La Sentencia no produce inseguridad jurídica sino que hace una aplicación cabal del ordenamiento jurídico, no en una sino en muchas normas. En la Sentencia de 30 de diciembre, la particularidad es que el Juez, en lugar de invocar estos preceptos, recurre a la novedosa doctrina sobre la transparencia real del TJUE y del TS. El resultado es el mismo.

A los argumentos del juez, aplicando a las cláusulas anuladas la doctrina jurisprudencial de la transparencia real, hay que añadir que las indicadas condiciones generales contradicen una condición particular negociada de limitación de la responsabilidad hipotecaria al valor del bien y entrañan, sobregarantía y una interpretación unilateral, prohibidas, estas últimas, en la lista negra.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ACHÓN BRUÑÉN, M. J., Iniciativa legislativa popular relativa a la dación en pago impedimentos para que prospere y soluciones alternativas, *Diario La Ley*, núm. 8031, 2013.

BELMONTE (EL BOE NUESTRO DE CADA DÍA): *Un nuevo decretazo de sábado, con tasas judiciales, empresas bonificadas tras un ERE y la gimkana para acceder a la dación en pago*. Aquí: http://elboenuestrodecadadia.com/2015/02/28/decretazo/?utm_source=feedly&utm_reader=feedly&utm_medium=rss&utm_campaign=decretazo.

— (EL BOE NUESTRO DE CADA DÍA): *¿Qué requisitos habrá que cumplir para optar a la dación en pago?* Aquí: http://elboenuestrodecadadia.com/2015/02/28/que-requisitos-habra-que-cumplir-para-optar-a-la-dacion-en-pago/?utm_source=feedly&utm_reader=feedly&utm_medium=rss&utm_campaign=que-requisitos-habra-que-cumplir-para-optar-a-la-dacion-en-pago.

CASTRESANA, A. (TRIBUNA - EL PAÍS): «*La historia de la dación en pago*». Aquí: http://elpais.com/elpais/2013/07/03/opinion/1372864498_309556.html.

DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., La dación en pago: ¿una solución eficaz a la situación socioeconómica del deudor inmobiliario?, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, 1-14.

EL DERECHO: El Código de Buenas Prácticas permite reestructurar la deuda hipotecaria o la dación en pago. Aquí: http://www.elderecho.com/actualidad/Codigo-Buenas-Practicas-deuda-hipotecaria-dacion-pago_0_929625011.html.

GARCÍAS DE ESPAÑA, E., Ejecución hipotecaria sobre la vivienda habitual, dación en pago y reclamación posterior, *Aranzadi civil-mercantil*, vol. 1, n.º 10, de febrero de 2013, 121-156.

GÓMEZ, J., Los Casos de Josu Gómez: rebajas hipotecarias y dación en pago retroactiva: *Diario La Ley*, núm. 8850, 2016.

HAY DERECHO: Iniciativa popular sobre la dación en pago: recopilatorio de posts. Aquí: http://hayderecho.com/2013/02/15/iniciativa-popular-sobre-la-dacion-en-pago-recopilatorio-de-posts/.

LEALTAD, 1: Alternativas más eficaces que la dación en pago. Aquí: http://blogs.cincodias.com/lealtad/2013/02/alternativas-más-eficaces-que-la-dación-en-pago.html.

LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., Dación en pago: opción razonable, *Revista de derecho mercantil*, núm. 290, 2013, 327-376.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., Evolución de la jurisprudencia sobre las ejecuciones hipotecarias y la dación en pago, *Actualidad civil*, núm. 3, 2014.

LACRUZ, M., *La moderna dación en pago*. Aquí: http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/81/54.

MINECO: El CBP ha permitido a 40.446 familias reestructurar la deuda hipotecaria o la dación en pago. Aquí: http://www.mineco.gob.es/portal/site/mineco/menuitem.ac30f9268750bd56a0b0240e026041a0/?vgnextoid=c0252ba0e1c47510VgnVCM1000001d04140aRCRD&vgnextchannel=864e154527515310VgnVCM1000001d04140aRCRD.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. P., La dación en pago necesaria y la protección de los deudores hipotecarios tras las últimas modificaciones legislativas, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 39, 2016, 27-64.

PULIDO QUECEDO, M., El «buen Juez» Magnaud y la dación en pago necesaria (sobre la interpretación de la Ley 493-2 del Fuero Nuevo de Navarra por el TSJN), *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 877, 2014, p. 11.

ROMERO FLOR, L. M., La dación en pago y sus consecuencias fiscales «no deseadas», *Diario La Ley*, núm. 8022, 2013.

— La dación en pago, un mal menor. Tratamiento fiscal de la dación en pago, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 4, 2012, pp. 15-24.

SOTO GUITIÁN, J. M., «La dación en pago. Breve estado de la cuestión», *Actualidad Civil*, núm. 2, de febrero de 2013, p. 139.

VALDÉS DÍAZ, C., De la dación en pago como modo especial de extinción de las obligaciones, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2014, pp. 521-534.

VIGIL HOCHLEITNER, A., ¿Realmente se ha reconocido la dación en pago por vía judicial?, en *Diario La Ley,* Núm. 8900, 13 de enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer, 2 pp. en la edición de internet.

Del autor del trabajo:

— Rebajas hipotecarias: descuentos sobre la tasación, en www.notariosyregistradores.com, (2 de julio de 2016). Aquí http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/rebajas-hipotecarias-descuentos-sobre-la-tasacion/.

— La Sentencia del Tribunal de Luxemburgo reactiva la lucha contra las cláusulas abusivas (I). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013, *Diario La Ley,* Núm. 8078, Sección Documento on-line, 8 de mayo de 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY (LA LEY 2583/2013), 20 págs.; y *Diario La Ley,* Núm. 8088, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.
— Un futuro lleno de cambios en la lucha contra las cláusulas abusivas en las hipotecas (II). Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013, *Diario La Ley,* Núm. 8081, Sección Documento on-line, 13 de mayo de 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY (LA LEY 2816/2013); y *Diario La Ley,* Núm. 8092, Sección Doctrina, 28 de mayo de 2013, Año XXXIV, Editorial LA LEY.
— Los cambios tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013 contra las cláusulas abusivas, en especial su apartado 4.7.- Un problema de interpretación: responsabilidad limitada o universal, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 4 de abril de 2013). Aquí http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2013-cambios-stsjue-14-03-2013.htm.
— Caso en que la adjudicación de la finca al acreedor extingue la deuda por pago, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 23 de diciembre de 2012). Aquí http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-adjudicación-extingue-deuda.htm.
— La entrega de la finca hipotecada salda la deuda, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 15 de octubre de 2012). Aquí http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-ejecución-entrega-finca-salda-deuda.htm.
— La entrega del solar saldó la deuda. Resumen del Auto AP Córdoba 1 de febrero de 2012, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 1 de marzo de 2012). Aquí: http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-dacion-cordoba.htm.
— Respuestas normativas a los problemas de los consumidores en la crisis, en www.notariosyregistradores.com (publicado el 29 de diciembre de 2010), en concreto apartado 2.1.- Las tasaciones a la baja y la autonomía de la voluntad: reforma del artículo 671 LEC. Aquí: http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-respuestasnormativasparalosconsumidoresenlacrisis.htm.
— Pinchazo de la burbuja inmobiliaria y disminución del precio de las viviendas hipotecadas, Informe para CECU, abril, 2008. Aquí http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/un-viejo-informe-para-cecu-de-2008-adjudicacion-al-banco-por-valor-de-tasacion-para-subasta/.

NOTAS

[1] *Vid.,* la Sentencia en http://s03.s3c.es/imag/doc/2017-01-10/SJM_Dacionenpago_BCN.pdf.

[2] *Vid.,* http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8075067/01/17/El-primer-fallo-de-la-dacion-en-pago-despierta-las-criticas-de-los-juristas.html y VIGIL HOCHLEITNER, A., «¿Realmente se ha reconocido la dación en pago por vía judicial?», en *Diario La Ley,* núm. 8900, 13 de enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer, 2 pp. en la edición de internet.

[3] *Vid.,* http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8075897/01/17/El-juez-de-la-dacion-en-pago-responde-La-falta-de-transparencia-era-tal-que-ni-siquiera-contestaron-a-la-demanda.html.

[4] Con anterioridad he defendido la necesidad de descontar de la deuda todo el valor de tasación en caso de adjudicación al banco en Rebajas hipotecarias: descuentos sobre la tasación, en www.notariosyregistradores.com, (2 de julio de 2016) en http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/rebajas-hipotecarias-descuentos-sobre-la-tasacion/; Los cambios tras la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo. Comentario a la STJUE de 14 de marzo de 2013 contra las cláusulas abusivas, en especial su apartado 4.7.- Un problema de interpretación: responsabilidad limitada o universal, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 4 de abril de 2013), http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=135024&mode=req&pageIndex=2&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=1163543; Caso en que la adjudicación de la finca al acreedor extingue la deuda por pago, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 23 de diciembre de 2012), http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-adjudicaci%C3%B3n-extingue-deuda.htm; La entrega de la finca hipotecada salda la deuda, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 15 de octubre de 2012), www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/BREVES/2012-ejecuci%C3%B3n-entrega-finca-salda-deuda.htm; La entrega del solar saldó la deuda. Resumen del Auto AP Córdoba 1 de febrero de 2012, en www.notariosyregistradores.com, (publicado el 1 de marzo de 2012), en http://www.notariosyregistradores.com/CONSUMO/ARTICULOS/2012-dacion-cordoba.htm; «Respuestas normativas a los problemas de los consumidores en la crisis» en www.notariosyregistradores.com (publicado el 29 de diciembre de 2010), en concreto apartado 2.1.- Las tasaciones a la baja y la autonomía de la voluntad: reforma del artículo 671 LEC, en http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-respuestasnormativasparalosconsumidoresenlacrisis.htm; y Pinchazo de la burbuja inmobiliaria y disminución del precio de las viviendas hipotecadas, Informe para CECU, abril, 2008, http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/un-viejo-informe-para-cecu-de-2008-adjudicacion-al-banco-por-valor-de-tasacion-para-subasta/. Se prefiere el descuento porque con esa fórmula a diferencia de la dación en pago, si hay sobrante después de pagar la deuda con el precio, el sobrante se lo queda el hipotecante y no el banco.

[5] *Vid.,* http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/articulos-cyd/la-audiencia-provincial-ordena-la-inscripcion-de-una-clausula-abusiva-en-el-registro-de-condiciones-generales/.

[6] Considera un error la inclusión en el contrato de esa condición general ZUNZUNEGUI en VIGIL HOCHLEITNER, A., ¿Realmente se ha reconocido…, p. 2.

[7] Art 6.1 LCGC. Reglas de interpretación

1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.

Artículo 1288 del Código Civil: La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

[8] Artículo 88 TRLGDCU: Cláusulas abusivas sobre garantías

En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan:

1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido.

Se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

[9] *Vid.,* sobre la caracterización de la Sentencia como un caso de dación en pago VIGIL HOCHLEITNER, A., ¿Realmente se ha reconocido…, p. 1.

[10] Artículo 85 TRLGDCU: Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

[…]

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.

[11] Artículo 82 TRLGDCU: Concepto de cláusulas abusivas

[…]

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

[…]

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

[12] Art 6 LCGC. Reglas de interpretación

[…]

2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación solo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales.

Artículo 80.2 TRLGDCU: Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente

[…]

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

[13] *Vid.,* http://www.diariosur.es/malaga/201701/17/colegio-abogados-asesora-gratis-20170117120546.html.

[14] *Vid.,* https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-653.

[15] *Vid.,* http://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/consumo-y-derecho/normas-cyd/ya-tenemos-fiscales-delegados-en-las-ccaa-para-las-personas-consumidoras/.

1.4. Sucesiones

Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias

International and interregional conflicts of laws in relation to the Foral Civil Law of Navarra: successions problems

por

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL
Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN: Se analizan las principales disposiciones del Fuero Nuevo que inciden en los conflictos de leyes internos, tanto en lo que se refiere a la vecindad civil como a la delimitación del ámbito de aplicación del Derecho navarro. Estudiando los eventuales problemas de constitucionalidad que pueden suscitar; así como su aplicación práctica y su posible actualización. En todo momento se tiene en cuenta su relación con los Convenios internacionales y con los Reglamentos de la Unión Europea.

ABSTRACT: The main provisions on internal conflicts of laws of the Fuero Nuevo are analyzed, both in relation to the civil residence as to the delimitation of the scope of application of the Law of Navarra. Studying the constitutionality problems that may arise from its practical application and their possible update. In any case, their relationship with international conventions and with the European Regulations is taken into acount.

PALABRAS CLAVE: Conflictos de leyes internos. Vecindad civil. Fuero Nuevo. Constitucionalidad.

KEY WORDS: Internal conflicts of laws. Civil residence. Fuero Nuevo. Constitutionality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LEY 10: REMISIÓN A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL A LA HORA DE DETERMINAR LA LEY APLICABLE: 1. Introducción. 2. La competencia exclusiva del Estado para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes. Su proyección sobre las normas existentes en el Fuero Nuevo. 3. Sentido y alcance de la remisión a las disposiciones del Código Civil. 4. La invocación del principio de reciprocidad.—III. LA CONDI-

CIÓN CIVIL FORAL DE NAVARRO: 1. PRECISIONES PREVIAS DE CARÁCTER GENERAL. 2. NAVARROS EN EL EXTRANJERO. 3. EXTRANJEROS NACIONALIZADOS. 4. LA PRESUNCIÓN DE LA LEY 14. 5. CONDICIÓN FORAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. 6. CONDICIÓN CIVIL FORAL Y CONFLICTO MÓVIL.—IV. LA LEY APLICABLE A LAS DONACIONES Y A LAS SUCESIONES.—V. LEY REGULADORA DE LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO DE HERMANDAD.—VI. LEY REGULADORA DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD.—VII. CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL RETRACTO GENTILICIO.—VIII. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN PREVISTA EN EL DERECHO NAVARRO. SOLUCIONES CONFLICTUALES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La presencia en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra[1] (Fuero Nuevo), de distintas disposiciones orientadas a resolver los conflictos de leyes internos, y que ocasionalmente se pueden proyectar sobre los de naturaleza internacional, nos obliga a reflexionar sobre su idoneidad, su validez constitucional y la posible necesidad de su reforma[2]. Hay que tener presente que fundamentalmente se trata de normas reguladoras de la vecindad civil, es decir, de la condición civil foral de navarro, pero también se incluyen algunas normas de extensión. Por otro lado, hay que ser muy conscientes de que la mayoría de estas disposiciones se dictaron con la promulgación del Fuero Nuevo, o sea en 1973, si bien es cierto que posteriormente, bajo la vigencia de la actual Constitución española, se han dictado algunas otras que han reformado el texto original. De esta manera en el presente trabajo, sin ánimo de exhaustividad, vamos a detenernos en las más relevantes y significativas de las mencionadas disposiciones.

II. LEY 10: REMISIÓN A LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL A LA HORA DE DETERMINAR LA LEY APLICABLE

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 10, titulada «*Estatutos*», dice: «*En lo no previsto en la presente Compilación, la determinación y efectos de los estatutos personal, real y formal se regirán por las disposiciones del Código Civil y conforme al principio de reciprocidad*». Este precepto suscita muchas reflexiones, sobre distintos extremos que merecen un tratamiento pormenorizado.

2. LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO PARA DICTAR LAS NORMAS PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS DE LEYES. SU PROYECCIÓN SOBRE LAS NORMAS EXISTENTES EN EL FUERO NUEVO

Cuando un Estado es plurilegislativo, es decir en él conviven varios ordenamientos en un plano de igualdad, y, además, descentralizado políticamente, en el sentido de que incluye entes infraestatales con capacidad legislativa propia, se plantea una cuestión fundamental que es la de determinar qué órganos legislativos, los estatales o los de los entes políticos descentralizados, son los

competentes para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes internos. Las soluciones en el Derecho Comparado son variadas y difíciles de extrapolar[3].

Cada una de las posibles soluciones, es decir atribuir la competencia al poder legislativo central o a los distintos poderes legislativos autónomos, tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Atribuir esta competencia al Estado tiene la ventaja de que existe un solo sistema conflictual para resolver los conflictos internos, lo que garantiza la uniformidad de soluciones y una mayor sencillez en la Resolución de los problemas pero, por contra, tiene los inconvenientes de que, en ocasiones, el tratamiento conflictual de las instituciones no es el más adecuado y, además, se puede dar pie a que el poder central beneficie a un ordenamiento en detrimento de otros. Por el contrario, atribuir la competencia a los entes políticos territoriales (Comunidades Autónomas, Estados federados, etc.) da lugar a la existencia de una pluralidad de sistemas para resolver los conflictos internos, lo cual tiene la ventaja de que se pueden crear unas respuestas conflictuales más conformes con la naturaleza real de las instituciones, pero, por contra, se prescinde la uniformidad y la armonía en las soluciones y la resolución de los supuestos es más compleja.

En nuestro caso, el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado para dictar las «*normas para resolver los conflictos de leyes*»[4]. Los lacónicos términos del precepto han sido objeto de una interpretación sustancialmente coincidente en las posiciones mayoritarias del Tribunal Constitucional. Reflejo de esta jurisprudencia constitucional son las Sentencias 72/1983, de 29 de julio[5], 156/1993, de 6 de mayo[6], 226/1993, de 8 de julio[7], y 93/2013, de 23 de abril de 2013[8]. Esta última, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Foral del Parlamento de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables[9], ha compendiado de manera muy esclarecedora toda la jurisprudencia anterior en la materia al decir: «… *hemos de partir de nuestra consolidada doctrina, establecida ya en la STC 72/1983, de 29 de julio, FJ 6, la cual recoge, a su vez, lo dispuesto por la Constitución para los supuestos de conflictos de leyes y, en consecuencia, la competencia exclusiva reservada al Estado por el artículo 149.1.8 de la misma en cuanto a las normas para resolver tales conflictos y, por tanto, la facultad de determinar cuál es la norma válida —estatal o autonómica— aplicable en cada caso. De acuerdo con ello en las SSTC 156/1993, de 6 de mayo, y 226/1993, de 8 de julio, determinamos que la reserva competencial a favor del Estado para dictar "normas para resolver los conflictos de leyes" ex artículo 149.1.8. CE implicaba que se integraba en todo caso en ella la adopción de las normas de conflicto y la definición de cada uno de sus elementos, entre los que cuenta, y con la mayor relevancia, la determinación de los puntos de conexión que llevan a la aplicación, en supuestos de tráfico jurídico interregional, de uno de los ordenamientos civiles que coexisten en España. Así, en el FJ 3 de la primera de las citadas destacamos que "La Norma fundamental —siguiendo en esto el precedente del artículo 15.1 de la Constitución republicana— optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional y excluyó, en la misma medida, que pudieran las Comunidades Autónomas establecer regímenes peculiares para la resolución de los conflictos de leyes, ya por la vía de articular puntos de conexión diversos a los dispuestos en la legislación general ya, en otra hipótesis, por medio de la redefinición, alteración o manipulación de tales puntos de conexión. Esta es, en definitiva, una materia enteramente sustraída por el artículo 149.1.8 a la acción normativa de las Comunidades Autónomas y atribuida 'en todo caso' a la legislación del Estado". De este modo, como recalcamos en la STC 226/1993, FJ 6, "es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento*

de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1 del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución, ciertamente, pauta o criterio positivo alguno" …».

De esta Sentencia y de la jurisprudencia previa que ella culmina se desprenden cuatro importantes conclusiones. La primera es que Tribunal Constitucional confirma, una vez más, su muy reiterada doctrina en el sentido de que la competencia exclusiva, que el artículo 149.1.8 confiere al Estado para dictar «*normas para resolver los conflictos de leyes*», se extiende a las disposiciones destinadas a solventar los conflictos internos entre los distintos ordenamientos civiles que conviven en España y por consiguiente esta competencia está completamente vedada a las Comunidades Autónomas, que no pueden establecer normativas propias para la resolución de tales conflictos. De esta manera se pretende que el sistema sea único y uniforme. Esta postura tiene la consecuencia de que solo existe un sistema conflictual y de carácter estatal para abordar cualquier tipo de conflictos de leyes.

La segunda conclusión es que la competencia exclusiva del Estado abarca también a la regulación y definición de los puntos de conexión y en consecuencia a la vecindad civil, como conexión que determina el sometimiento a cada uno de los ordenamientos civiles que coexisten en el Estado. Sobre este punto, que reviste gran importancia, retornaremos más adelante.

En tercer lugar hay que destacar que la Sentencia deja claramente sentado que la competencia exclusiva del Estado se extiende a cualquier tipo de normas para resolver los conflictos de leyes, incluidas, por tanto, las normas unilaterales o de extensión. Así, se afirma: «*… la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas. El propio artículo 43 LORAFNA expresa esta idea… pues enuncia un principio general —la eficacia territorial de todas las normas forales— y excepciona del mismo, restringiendo de ese modo las previsiones relativas a la eficacia personal de las normas forales… así como a lo específicamente dispuesto por el legislador estatal… Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el artículo 149.1.8 CE…»*. Por consiguiente, no se puede defender que la competencia exclusiva que el artículo 149.1.8 de la Constitución

confiere al Estado se refiere solo a las normas de conflicto y que en consecuencia las Comunidades Autónomas podrían dictar normas de extensión o normas materiales especiales para regular los conflictos de leyes internos. La literalidad del artículo 149.1.8 de la Constitución no favorece la interpretación restrictiva en el sentido de entender que la competencia exclusiva del Estado para dictar las «*normas para resolver los conflictos de leyes*» se circunscribe a las normas de conflicto. Y la Sentencia a la que nos referimos no hace más que confirmar una reiterada doctrina constitucional previa en esta dirección.

Finalmente, en la referida jurisprudencia subyace constantemente la idea, muchas veces manifestada expresamente, de que las facultades y competencias correspondientes a una Comunidad Autónoma se entienden referidas a su territorio, sin perjuicio de la eficacia personal que se desprenda de las normas generales del Estado.

Lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional puede hacernos dudar de la validez constitucional de las distintas Leyes del Fuero Nuevo que regulan aspectos vinculados con la Resolución de los conflictos internos. A este respecto debemos tener claro que este no es un problema privativo de Navarra, ya que incluidas en los distintos ordenamientos civiles forales o autonómicos existen algunas normas para regular los conflictos de leyes internos[10]. En su mayoría se trata de normas preconstitucionales que fueron dictadas por el legislador estatal, que era el único que entonces existía, por lo que deben reputarse como normas estatales, y que, desde este punto de vista, no plantean problemas de validez constitucional. En consecuencia estaríamos ante normas plenamente compatibles con el mandato del artículo 149.1.8 de la Constitución.

Justamente esto es lo que sucede con la mayor parte de las Leyes del Fuero Nuevo atinentes a la resolución de los conflictos de leyes internos. Se trata de disposiciones dictadas en 1973 por el legislador estatal. Desde esta perspectiva no compartimos las posiciones de los autores que sostienen que son objeto de una inconstitucionalidad sobrevenida a causa del artículo 149.1.8 de la Constitución[11]. Nosotros entendemos que en lo que se refiere a los problemas competenciales son plenamente constitucionales, pues fueron dictadas por el legislador estatal, que era entonces el único que existía. Además, en bastantes casos coinciden de manera más o menos literal con lo dispuesto en las normas generales del Estado o en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cosa distinta son las escasas Leyes postconstitucionales de naturaleza conflictual modificadas por el Parlamento de Navarra; estas cuando se separan o contradicen lo establecido en la legislación estatal, como más abajo veremos, son inconstitucionales.

3. Sentido y alcance de la remisión a las disposiciones del Código Civil

La Ley 10 remite a las disposiciones del Código Civil para solventar los conflictos de leyes. De esta manera nos referencia al artículo 16.1 del mencionado Código, que comienza diciendo: «*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV…*»[12]. Es decir, una característica fundamental de nuestro sistema conflictual es la de atribuir a las normas sobre conflictos de leyes la doble función de regular tanto los conflictos internos como los internacionales; es decir, que el Legislador español tradicionalmente ha optado por la técnica de utilizar un mismo sistema normativo para regular

uno y otro tipo de conflictos. Ciertamente, esta solución plantea serias dudas en cuanto a su idoneidad, y se han esgrimido sólidas razones en su favor y en su contra. Igualmente, en el plano del Derecho Comparado se pueden encontrar sistemas que en este punto coinciden con el nuestro y otros que divergen de él. Pero, con independencia de estas consideraciones, el hecho indiscutible es que nuestro sistema parte del principio general de que las mismas normas que sirven para regular los conflictos internacionales tienen aplicación para regular los conflictos internos.

Sin embargo, el propio artículo 16.1 del Código Civil enumera expresamente algunas excepciones al principio general: la ley personal no es la determinada por la nacionalidad, sino por la vecindad civil, y no se aplica lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 del Código Civil sobre calificación, reenvío y orden público. Además, al margen de la enumeración del artículo 16.1 existen otras excepciones; diversos preceptos del Capítulo IV no pueden actuar respecto de los conflictos internos, bien porque materialmente carecen de campo de actuación, bien porque el problema en ellos regulado no puede llegar a plantearse en la dimensión interna del sistema (así, por ejemplo: los artículos 9.9, 9.10, 9.11, 10.2, 10.3, etc.). Por todo esto, hay que concluir que las excepciones a la regla general del artículo 16.1 son bastante numerosas y se apunta una cierta dualidad de regímenes entre los conflictos internos y los internacionales.

Pero la dualidad se ha acentuado radicalmente en los últimos años por dos razones, como son que España se ha incorporado a un importante número de Convenios internacionales sobre conflictos de leyes, que en principio solo rigen los conflictos de naturaleza internacional pero no los internos, y que se han promulgado diversos Reglamentos de la Unión Europea, que expresamente señalan en su articulado que los Estados plurilegislativos no tienen la obligación de aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre sus diversos ordenamientos internos[13]. En consecuencia, hemos llegado a una situación intensamente dual, que se va a acentuar en los próximos años por medio de nuevos Convenios internacionales y Reglamentos europeos. De manera que para resolver los conflictos de leyes internacionales debemos acudir a los Convenios y a los textos comunitarios, mientras que para solucionar los conflictos de leyes internos nos vemos obligados a aplicar las disposiciones del Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Esta dualidad, que está convirtiendo al principio que inspira el artículo 16.1 del Código Civil en un mito, tiene un efecto perverso consistente en que ambos sistemas normativos responden a concepciones técnicas sensiblemente distintas; las normas del Capítulo IV del Título Preliminar reflejan la visión clásica de la norma de conflicto y muchas de ellas, que ya nacieron siendo viejas, se han quedado claramente obsoletas y exigen una profunda revisión, por el contrario, un número cada vez mayor de Convenios internacionales y de Reglamentos europeos se inspiran en concepciones contemporáneas y en buenas soluciones técnicas e incorporan normas que responden a tendencias modernas y que no son ajenas a fenómenos como la flexibilización, la materialización y la especialización. Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala Civil y Penal) en su Sentencia de 6 de septiembre de 2002[14] y la Audiencia Provincial de Navarra en la suya de 16 de noviembre de 2001[15] para determinar la ley aplicable a un contrato interregional se vieron obligados a aplicar el artículo 10.5 del Código Civil, precepto a todas luces obsoleto. Así, en la primera de las decisiones citadas se afirma: «*Teniéndose en cuenta que la demandada recurrente ostenta la condición jurídica de navarra, dado su domicilio, según lo establecido en la ley 15 de la Compilación,*

y, que, según se afirma y no es negado de contrario, que la actora no reúne la condición de navarra, el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional y el eventual conflicto de leyes aplicables ha de resolverse, de conformidad a lo prevenido por el artículo 16 del Código Civil, por las normas contenidas en el capítulo IV de dicho texto, y, ejercitada la acción de responsabilidad contractual, la cuestión encuentra su acomodo en el apartado 5 del artículo 10 del Código Civil, en el que, ante la inexistencia de los demás puntos de conexión en él establecidos, lo será según la ley del lugar de la celebración del contrato…». Por el contrario, si se hubiese tratado de un contrato internacional los órganos judiciales para determinar la Ley aplicable hubiesen acudido al entonces en vigor Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, hoy sustituido por el Reglamento Roma I.

Ante esta situación es ineludible abordar la reforma y modernización del sistema español de conflictos internos. Dado que el Estado tiene la competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes, es a él al que le corresponde asumir dicha tarea. Pero si no la acomete, y hasta el momento solo ha actuado muy levemente, las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen Derecho Civil propio, deben instar al Estado a una urgente y perentoria acción en este campo. Tal acción, y no es este el lugar para extendernos al respecto, puede orientarse en tres direcciones, que son: reformar modernizándolo el Capítulo IV del Título Preliminar; aun mejor sería dictar una Ley Especial sobre conflictos de leyes internos; y en todo caso introducir dentro de lo posible, y siempre que sea conveniente, las soluciones de los Convenios internacionales[16] y de los Reglamentos de la Unión Europea[17].

4. La invocación del principio de reciprocidad

La Ley 10 establece finalmente que los conflictos internos se resolverán «*conforme al principio de reciprocidad*». Principio que también es invocado por la Ley 11, como luego veremos. Posiblemente mediante la referencia a dicho principio el legislador quiso consagrar lo que posteriormente, en el plano constitucional, se ha dado en llamar la igualdad o paridad entre los ordenamientos civiles que conviven dentro de España.

En efecto, la competencia exclusiva que el Estado posee en el ámbito de la legislación para regular los conflictos de leyes tiene que ser ejercitada dentro de unos límites cuando se trata de conflictos internos. Estos límites no están expresamente formulados en el texto constitucional, pero parece que, implícitamente, subyacen en el mismo, y de alguna manera, aunque no de forma definitiva, han sido decantados por el Tribunal Constitucional. Se trata de límites que pesan sobre el legislador únicamente cuando regula los conflictos internos, puesto que no existen a la hora de regular los conflictos internacionales.

El primero de los límites es el de garantizar la igualdad entre los distintos ordenamientos, de forma que no se dé preeminencia a ninguno, y se asegure un trato igual en su aplicación. Como ya hemos dicho antes, un peligro que se deriva de atribuir competencia exclusiva en este sector al Estado es que este utilice su competencia para favorecer un ordenamiento en detrimento de los demás. Por esta causa parece lo más razonable defender que cuando el Estado posee la competencia exclusiva en la regulación de los conflictos internos, debe dictar normas neutras que no discriminen en su aplicación unos ordenamientos respecto de otros. Obligación que no existe cuando se trata de reglamentar los conflictos de leyes de naturaleza internacional.

El Tribunal Constitucional abordó principalmente este problema en la ya citada Sentencia 226/1993, de 8 de julio, en la que se afirmó que «*…la Constitución …viene solo a posibilitar una posición de paridad… entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho Civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva al Estado de la competencia sobre las "normas para resolver los conflictos de leyes", competencia que en principio asegura, como hemos dicho en la reciente STC 156/1993 "un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles"… paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho interregional privado que la Constitución inequívocamente dispuso… la legislación estatal en este ámbito no podrá dar lugar a constricciones o manipulaciones arbitrarias de los respectivos ámbitos de aplicación… ni provocar… un desplazamiento infundado de los Derechos civiles especiales o forales… si tal cosa se hiciera, se vendría a menoscabar, de modo indirecto, la competencia autonómica sobre el respectivo ordenamiento civil y a contrariar, por lo mismo, la regla contenida en el artículo 149.1.8 de la Constitución… los puntos de conexión para determinar la sujeción personal a un Derecho u otro (la vecindad, en nuestro caso) han de fijarse, en principio y en tanto sea posible, según circunstancias abstractas o neutras y lo mismo cabe exigir, con igual salvedad, respecto a los criterios utilizados por las normas de conflicto del artículo 16 del Código Civil…*».

De las palabras del Tribunal Constitucional hay que destacar varias ideas; la primera es la existencia de un principio de paridad entre los distintos ordenamientos civiles españoles; la segunda es que tal principio encuentra su fundamento en la competencia exclusiva del Estado para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes y en las competencias que, en materia de Derecho Civil, atribuye la Constitución a las Comunidades Autónomas; la tercera es que desde el punto de vista constitucional no cabe una discriminación infundada de ninguno de los ordenamientos internos, por lo que los puntos de conexión deben establecerse, dentro de lo posible, según circunstancias abstractas y neutrales. Finalmente, la cuarta idea es que la paridad entre los distintos ordenamientos civiles es relativa y no absoluta, puesto que admite excepciones derivadas de otros límites constitucionales.

Esto nos pone ante un segundo límite: el Estado debe regular los conflictos de leyes internos garantizando el principio de seguridad jurídica y la certeza en las soluciones. Pero además, según la Sentencia 226/1993 del Tribunal Constitucional, la garantía de estos principios prima sobre la igualdad entre los ordenamientos, de manera que esta debe ceder ante la exigencia de seguridad y certeza; en palabras del Alto Tribunal: «*Es razonable que un sistema de Derecho interregional no se base exclusivamente… en remisiones y conexiones abstractas y neutras, pues no es en modo alguno descartable que tales técnicas —aseguradoras de una aplicación indistinta de todos los ordenamientos civiles— no ofrezcan, en determinados supuestos, la solución clara y cierta que demanda, inexcusablemente, la seguridad del tráfico, hipótesis en la cual puede y debe el legislador (el legislador estatal, entre nosotros) designar directamente cuál sea la específica vecindad civil que corresponde al sujeto y cuál, también, el concreto Derecho aplicable en caso de conflicto… El legislador, debe intentar apurar, hasta donde no padezca la seguridad jurídica, de la técnica de las remisiones y conexiones abstractas y neutras y el equilibrio entre una y otra exigencia —la de la propia seguridad y la de la aplicación indistinta de unos Derechos y otros— se ha de alcanzar, ante todo mediante la ponderación que debe hacer precisamente la ley…*». Por lo tanto a los ojos del Tribunal Constitucional, el límite de la seguridad y la certeza prima sobre el de la paridad entre ordenamientos, de modo que cuando este último no se puede articular sin menoscabo

del anterior, debe ser este, la seguridad y certeza, el que prime. Ciertamente, la postura del Alto Tribunal en cuanto a este último extremo es discutible y criticable, y además no fue unánime en su adopción, pero representa el estado actual de su jurisprudencia[18].

III. LA CONDICIÓN CIVIL FORAL DE NAVARRO

1. Precisiones previas de carácter general

El Título II del Libro Preliminar del Fuero Nuevo se titula «*De la condición Civil Foral de Navarro*» y comprende las Leyes 11 a 16[19]. Regula, de una manera bastante confusa, pues mezcla también otros aspectos distintos, algunos extremos de la vecindad civil navarra. Es decir, estamos ante una regulación parcial de dicha problemática. De hecho la Propia Ley 11 remite a la legislación general, o sea básicamente a los artículos 14 y 15 del Código Civil, en cuanto a lo no previsto en la Compilación. Además, la misma Ley invoca, incluso en su propio título, el principio de reciprocidad, y en este sentido nos remitimos a lo que ya hemos dicho en el apartado anterior.

En cuanto a la validez constitucional de las referidas leyes recordamos lo ya dicho anteriormente en el apartado II.2. Pero además, a mayor abundamiento, hay que tener muy presente que el artículo 5.3 del Amejoramiento[20] dice expresamente: «*La adquisición, conservación, pérdida y recuperación de la condición civil foral de navarro se regirá por lo establecido en la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero nuevo de Navarra*». También hay que recordar que la reciente Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco[21] ha creado una nueva vecindad civil, la vasca, y la atribuye automáticamente a personas que no la tenían, sometiéndolas a un nuevo ordenamiento[22], pero sin embargo no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado.

Para entender la inclusión de las Leyes 11 y siguientes en el Fuero Nuevo es importante recordar que hasta la promulgación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo[23], y de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad[24], el articulado de este último cuerpo legal maltrataba a las vecindades civiles especiales o forales en beneficio de la vecindad civil común. Por ejemplo, el artículo 15 en su anterior redacción, prácticamente contemporánea del Fuero Nuevo, privilegiaba claramente a esta última vecindad civil en los supuestos de adquisición de la nacionalidad española, lo cual atentaba indiscutiblemente contra el principio de paridad entre ordenamientos civiles españoles[25]. También la legislación estatal ignoraba flagrantemente importantes problemas prácticos presentes en este campo[26]. Ante esta situación de partida, es lógico que desde Navarra se promoviese a la hora de dictar el Fuero Nuevo una reglamentación, que si bien era parcial, equilibraba en parte la posición de inferioridad en la que se encontraban las vecindades civiles forales, respondiendo también a determinados problemas prácticos, y que se señaló como un ejemplo de las soluciones adecuadas que debía seguir el Código Civil[27].

Lo que decimos en estas páginas sobre la condición civil foral navarra en nada obsta a la necesidad de reformar el régimen de vecindad civil ahora existente en el Código Civil[28]. En el seno de la inaplazable reforma de la legislación sobre conflictos internos, a la que nos hemos referido en páginas anteriores, es

necesario renovar y modernizar la legislación sobre vecindad civil, como han señalado la doctrina y también algunas iniciativas legislativas[29].

No podemos terminar este apartado sin deslindar la condición civil foral de navarro de otros conceptos diferentes. Sobre todo por la existencia del muy desafortunado inciso primero de la Ley 16, que bajo el título «*Efectos de la condición foral*», dice: «*La condición foral navarra de una persona, somete a esta al Derecho Civil y a las disposiciones administrativas y fiscales de Navarra*». Este precepto confuso y oscuro, que exige una rápida reforma, mezcla y confunde conceptos jurídicos diferentes. A este respecto es necesario distinguir entre la vecindad civil, que, de acuerdo con el artículo 14.1 del Código Civil, es el punto de conexión que determina la sujeción de cada español al Derecho Civil Común o a un Derecho Foral o Especial, de la condición política, que el artículo 5.1 del Amejoramiento delimita diciendo «*A los efectos de la presente Ley Orgánica, ostentarán la condición política de navarros los españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Navarra*». Es decir, vecindad civil y condición política, que se determina por la vecindad administrativa, son dos figuras distintas que tienen regímenes jurídicos diferenciados y consecuencias diferentes. Por otro lado, el sometimiento a las disposiciones fiscales de Navarra tiene también su propia regulación diferenciada[30].

Las citadas distinciones deben estar muy presentes en todo momento, ya que el Título II del Libro Preliminar en particular y el Fuero Nuevo en general adolecen de una gran imprecisión terminológica al utilizar indistintamente y de manera confusa expresiones como, entre otras, «*condición foral de navarro*», «*condición civil foral de navarro*» o «*los navarros*».

2. Navarros en el extranjero

La Ley 12, titulada «*Navarros en el extranjero*», dice:

> «*Los navarros residentes en el extranjero no perderán su condición foral en tanto conserven la nacionalidad española. Los que adquieran nacionalidad extranjera sin perder la española, conservarán también la condición foral navarra.*
>
> *Los navarros que hubieren perdido la nacionalidad española, al recuperarla recobrarán también su condición foral*».

La norma establece dos reglas. La primera consiste en que las personas de vecindad civil navarra residentes en el extranjero no perderán tal vecindad mientras conserven la nacionalidad española. Se trata de una solución plenamente admisible, que plasma positivamente una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala Primera). Este en su Sentencia de 26 de enero de 1928[31] ya había dicho que: «*…D. Francisco BENGOECHEA, a pesar de su larga vecindad en América, quiso conservar la nacionalidad de origen. […] Considerando: Que D. Francisco BENGOECHEA conservó su cualidad de aforado vizcaíno porque con arreglo al artículo 15 del Código Civil no ganó vecindad en provincia en que rija el Derecho común, no residiendo nunca en España en los citados territorios. […] Considerando: Que con arreglo al artículo 9 del Código Civil [1889]… y armonizado este precepto con el artículo 10 del mismo, D. Francisco BENGOECHEA, no obstante su residencia en el extranjero continuó sometido en cuanto a los bienes*

sitos en la tierra llana de Vizcaya a la Ley 15, Tit. 20 del Fuero de esta provincia y no pudo disponer de los bienes adquiridos de sus finados padres que constituían tronco común para él y los actores a favor de persona que no ostentara el carácter de tronquero en grado que le diera preferente derecho porque los bienes inmuebles sitos en territorio sometido al fuero siguen el principio de troncalidad…».

La segunda regla que establece el precepto consiste en que quien hubiese sido de vecindad civil navarra y hubiese perdido la nacionalidad española al recuperar dicha nacionalidad recuperará también la condición civil foral de navarro. Se trata de una solución muy razonable y plenamente coincidente con lo que actualmente determina el artículo 15.3 del Código Civil.

3. Extranjeros nacionalizados

La Ley 13 establece:

> «*En el expediente de adquisición o recuperación de la nacionalidad española, se presumirá que adquiere la condición foral de navarro el extranjero que residiere en Navarra al conseguir la nacionalidad*».

Este precepto fue en el momento de su promulgación una norma innovadora y compensadora del mal trato que, en aquellos tiempos, se daba a las vecindades forales en beneficio de la común y al que ya nos hemos referido anteriormente. Pero dicho esto, hay que reconocer que se trata de un precepto que suscita algunos reparos y comentarios críticos[32]. Con carácter previo hay que precisar que se trata de una presunción *iuris tantum*, que permite declaración en contra.

En primer lugar es confusa y poco coherente la solución que se establece en cuanto a los supuestos de recuperación de la nacionalidad española, pues si el párrafo 2.º de la Ley 12 establece que los navarros al recuperar la nacionalidad española recobran la vecindad civil navarra, lo lógico y lo coherente es que cualquier persona al recuperar la condición de español, con independencia de su residencia, recobre la vecindad civil que tenía en el momento de perder la nacionalidad. Que además es lo que ordena el artículo 15. 3 del Código Civil. Por consiguiente este aspecto del precepto debe ser corregido.

En segundo lugar, la Ley 13 habla de «*residentes*», pero sin dejar claro si se refiere a personas con residencia habitual en Navarra o a las que hayan residido en la Comunidad Foral durante un plazo determinado. Tales precisiones serían buenas y necesarias.

Por otro lado, hay que tener presente la existencia del actual artículo 15.1 del Código Civil, que dice:

> «*El extranjero que adquiere la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:*
> *a) La correspondiente al lugar de residencia*
> *b) La del lugar de nacimiento*
> *c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes*
> *d) La del cónyuge.*
> *…*»[33].

Lo dispuesto en este artículo prima sobre la presunción de la Ley 13, pero también hay que valorar lo establecido en el artículo 15.1 del Código Civil en sus

justos términos, ya que en la inmensa mayoría de los casos la aplicación de uno u otro precepto llevará al mismo resultado final, es decir, a que el nuevo español adquiera la vecindad civil del lugar de su residencia. En efecto, en muchos casos de las cuatro posibilidades que ofrece el artículo 15, el interesado solo podrá optar de hecho por la primera, pues las demás no serán operativas para él. También es la opción que se presenta como más normal y natural para el mayor número de interesados, ya que lo lógico y esperable es que quien adquiere la nacionalidad, que no lo olvidemos será por residencia, opte por la vecindad civil del lugar donde está residiendo. Además, está opción, en cuanto que la vecindad civil es un punto de conexión, es la más respetuosa con el principio de proximidad.

4. La presunción de la Ley 14

La Ley 14 dice: «*Cuando no sea claramente determinable la condición foral de navarro, prevalecerá esta si correspondiere por razón del lugar de nacimiento*». Esta norma coincide sustancialmente con lo dispuesto en el artículo 14.6 del Código Civil. Con la actual regulación de la vecindad civil no es infrecuente que muchos sujetos tengan dudas en cuanto a cual es la que tienen, que en ocasiones es difícil de precisar. Desde esta perspectiva las previsiones coincidentes de la Ley 14 y del artículo 14.6 articulan una buena solución.

5. Condición foral de las personas jurídicas

La Ley 15 dice: «*La condición foral navarra de las personas jurídicas se determinará por su domicilio*». Es decir, gozan de dicha condición las personas jurídicas, cuya regulación cae bajo la competencia de Navarra, y que están domiciliadas en el territorio de la Comunidad Foral[34]. El régimen legal de la Ley 15 es esencialmente coincidente con el de los artículos 9.11 y 28 del Código Civil, 8, en relación con el 9 y 10, del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 9 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que establecen que son españolas las personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español. Ciertamente, este es un problema muy complejo, que exige un tratamiento más pormenorizado[35], pero la mencionada doctrina concluye, tras un exhaustivo estudio de la jurisprudencia y de la práctica registral, que la «*jurisprudencia viene a decir que la sociedad es española si se constituye con arreglo al Derecho societario español, y que por tanto, en dicho caso, deberá instalar su domicilio en España, pues así lo exige la Ley societaria española*»[36].

El precepto afecta a las personas jurídicas cuya regulación es, o puede ser, competencia de Navarra. Prescindiendo de las de Derecho Público[37], cuyo estudio desborda los límites de este trabajo, podemos decir que se refiere a las fundaciones[38], reguladas en las Leyes 44 a 47 del Fuero Nuevo[39] y en la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las Fundaciones y de las actividades de patrocinio[40]. También se refiere a las cooperativas[41], regidas por la Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de cooperativas de Navarra[42] y por la Ley Foral 2/2015, de 22 de enero, de microcooperativas de trabajo asociado[43]. Igualmente, el artículo 44.19 del Amejoramiento atribuye competencia exclusiva a Navarra en materia de «*Asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus fun-*

ciones en Navarra»; sin embargo, la Comunidad Foral no ha hecho uso de esta competencia.

6. Condición Civil foral y conflicto móvil

La vecindad civil es un punto de conexión mutable, es decir, puede cambiar con el transcurso del tiempo y por esta razón puede dar lugar al llamado conflicto móvil, que es el problema que se da cuando cambia la concreción temporal del punto de conexión afectando a los derechos subjetivos de las personas. Ante la realidad de este problema, la Ley 16 en su segunda parte introduce una solución específica, que dice:

> «*Cambios de condición.*
> *Los actos celebrados por personas de condición foral no perderán su validez por quedar estas sometidas posteriormente a otro Derecho, pero los efectos de estos actos deberán acomodarse a las exigencias del nuevo Derecho. Asimismo, los actos celebrados por quienes con posterioridad a su otorgamiento adquieran la condición foral deberán producir sus efectos conforme al Derecho navarro aunque este difiera del Derecho a que se sometió su celebración*».

El precepto, que es un poco confuso, se inspira en los principios del *favor negotii* y el *favor testamenti*, de tal manera, que los actos, válidamente celebrados de acuerdo con la vecindad civil que se tenía en el momento de su otorgamiento, conservan su validez a pesar del cambio de vecindad civil, si bien, los efectos de tales actos se deberán acomodar a las exigencias del nuevo Derecho aplicable.

Este es un problema que se da sobre todo cuando una persona otorga testamento de conformidad con su ley personal y posteriormente adquiere otra con la que fallece. En este sentido, la Ley 16, 2.ª parte, coincide sustancialmente con lo establecido en el artículo 9.8 del Código Civil, cuando, después de afirmar que la sucesión por causa de muerte se rige por la ley personal del causante al tiempo del fallecimiento, dice: «*Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*». O sea, de alguna manera la ley aplicable a la sucesión testamentaria es la ley personal del causante en el momento del otorgamiento del testamento, aunque, si al tiempo de su fallecimiento tiene otra, las legítimas se regirán por la ley de esta última ley personal. También la misma solución gravita sobre la Ley 148, como veremos en el apartado siguiente. Incluso en el plano de las sucesiones internacionales, el artículo 24.1 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las Resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo[44], consagra que la admisibilidad y validez material de las disposiciones testamentarias se regulan por el ordenamiento de la nacionalidad o de la residencia habitual del disponente en el momento en que realizó el testamento[45].

En consecuencia, la 2.ª parte de la Ley 16 establece, dentro de sus oscuros términos que requieren una redacción más clara y precisa, una solución del conflicto móvil suscitado por los cambios de vecindad civil perfectamente razonable,

que se ajusta a lo dispuesto en las normas estatales e incluso con matices a lo previsto en el Derecho de la Unión Europea.

IV. LA LEY APLICABLE A LAS DONACIONES Y A LAS SUCESIONES

El Título I del Libro II, «*De las donaciones y sucesiones*», comienza con la Ley 148, que dice:

> «*Ley aplicable:*
> *Las donaciones y actos de disposición mortis causa otorgados por disponentes de condición foral se regirán por la presente Compilación. Sin embargo, para que la sucesión se ordene conforme a esta Compilación se requerirá la condición foral del causante al momento de su fallecimiento, sin perjuicio de la validez de los actos en cuanto a su forma según el Derecho a que se hallaren sometidos al tiempo de su celebración*».

Indudablemente se trata de un precepto oscuro y confuso, falto de toda sistemática y que sin ningún orden pretende regular muy diversos problemas, lo que dificulta su comprensión e interpretación. La primera dificultad que plantea es la de precisar cuál es su ámbito material. La doctrina ha realizado interesantes discernimientos a este respecto[46].

En cuanto a las donaciones *inter vivos* otorgadas por aforados navarros las somete a la Compilación, es decir, a la ley personal —vecindad civil— del donante. De esta manera, de forma unilateral dice lo mismo que la norma de conflicto del artículo 10.7 del Código Civil. No obstante, esta norma solo opera en los conflictos de leyes internos, ya que en los internacionales ha sido desplazada actualmente por el Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[47], siempre que se trate de donaciones de naturaleza contractual y ajenas al Derecho de Familia[48].

Por lo que respecta a las disposiciones *mortis causa*, tanto testamentarias (común o especial) como por vía de donaciones o contractuales otorgadas por personas de vecindad civil navarra en el momento de su otorgamiento, se establece que se rigen en sus aspectos sustantivos o de fondo por el Fuero Nuevo. También en este caso, el precepto dice de manera unilateral lo mismo que de forma bilateral ordena el artículo 9.8 del Código Civil, es decir, que las disposiciones *mortis causa* de cualquier naturaleza se rigen por la ley personal del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento. No obstante en los supuestos internacionales, desde que es aplicable[49], opera el Reglamento (UE) 650/2012[50].

También la sucesión de quien en el momento de su fallecimiento tiene vecindad civil navarra se rige por el Fuero Nuevo. Una vez más, la Ley 148 coincide, en términos unilaterales, con la solución general del artículo 9.8 del Código Civil. Pero igualmente hay que recordar que en las situaciones internacionales actúa el Reglamento (UE) 650/2012, que en su artículo 21.1 establece la regla general de que «*… la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento*»; si bien en su artículo 22.1 dispone que «*Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento*»[51].

Por lo que respecta a lo implícitamente regulado en la Ley 148 sobre el problema del conflicto móvil suscitado por que el causante cambia de vecindad

civil entre el momento del otorgamiento de la disposición *mortis causa* y el de su fallecimiento nos remitimos a lo dicho en el apartado anterior.

La Ley 148 somete la validez formal de los actos de disposición *mortis causa* al Derecho al que se hallaren sometidos en el momento de su celebración. Esto significa que en lo que se refiere a los conflictos de leyes internos nos remite al artículo 11.1 del Código Civil, que determina que la forma de los testamentos y demás actos se regirá por la ley del lugar en el que se otorguen o por la ley aplicable a su contenido o por la ley personal del disponente o común de los otorgantes; también serán válidos los actos relativos a bienes inmuebles otorgados de acuerdo a la ley del lugar donde se encuentre el inmueble. En los conflictos de leyes internacionales, el artículo 75.1 del Reglamento (UE) 650/2012 establece que los Estados que, como España, son partes contratantes del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias[52] seguirán aplicando lo dispuesto en dicho Convenio, en lugar del artículo 27 del Reglamento[53], en lo que atañe a la validez en materia de forma de los testamentos y testamentos mancomunados. El Convenio, que tiene alcance *erga omnes*, dispone que el testamento será válido en cuanto a la forma si esta corresponde a la ley a) del lugar donde se hizo la disposición, o b) de la nacionalidad del testador en el momento de la disposición o en el de su fallecimiento, o c) del lugar del domicilio del testador en el momento de la disposición o en el de su fallecimiento, o d) del lugar de la residencia habitual del testador en el momento de la disposición o en el de su fallecimiento, o e) respecto de los inmuebles del lugar donde estén situados.

V. LEY REGULADORA DE LA CAPACIDAD PARA OTORGAR TESTAMENTO DE HERMANDAD

La Ley 200, titulada «*Ley personal*», dice: «*Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el Extranjero*».

Es decir, las personas con vecindad civil navarra pueden otorgar testamento de hermandad fuera de Navarra, incluso en el extranjero[54]. Aunque el precepto no dice nada, hay que entender que igualmente podrán hacer testamento de hermandad, en la Comunidad Foral o fuera de ella, en unión de otra persona, incluso un extranjero, cuya ley personal no le prohíba otorgar testamento en mancomún. La ley personal en el caso de los sujetos de nacionalidad española y cuando se trate de conflictos internos o interlocales será la de su vecindad civil o vecindad civil local, tal como establece el artículo 16.1.1.ª del Código Civil. En los supuestos internacionales, tanto en lo que se refiere a españoles como a extranjeros, el artículo 9.1 del Código Civil contiene una regla general según la cual es ley personal la de la nacionalidad del interesado, regla que especializa en los mismos términos respecto de las sucesiones el artículo 9.8 del Código Civil, pero actualmente hay que tener en cuenta las excepciones que se derivan del Derecho de la Unión Europea.

El artículo 3.1.c) del ya citado Reglamento (UE) 650/2012 define el testamento mancomunado como «*el testamento otorgado en un acto por dos o más personas*». Pero lo auténticamente importante, a los efectos del problema ahora tratado, es que las disposiciones *mortis causa* se regirán en lo que se refiere a la capacidad del disponente para realizarlas por la ley que en virtud del propio Reglamento habría sido aplicable a la sucesión del causante si ese hubiese fallecido en la fecha de la disposición. Como ya hemos visto anteriormente, su artículo 21.1 dice que

la totalidad de la sucesión se regirá por la ley del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Sin embargo, el artículo 22 admite una *professio iuris* a favor de la ley de la nacionalidad. Por todo esto hay que concluir que en las sucesiones internacionales reguladas por el Reglamento (UE) 650/2012, que desde ahora serán la mayoría hasta llegar a la totalidad, la ley personal reguladora de la capacidad para testar será la del lugar de residencia habitual, salvo que el interesado expresamente se someta a la de su nacionalidad[55].

Por esta razón es muy importante que en los supuestos internacionales, por ejemplo porque se reside habitualmente en el extranjero, o se testa fuera de España, o en un testamento mancomunado el otro disponente tiene nacionalidad extranjera, el sujeto de condición civil foral navarra haga una *professio iuris* a favor del Derecho español y además haga constar su condición foral. Ya que de esta manera tendrá garantizado que su sucesión se regulará por el ordenamiento civil navarro.

La Ley 200 es muy razonable en su contenido y plenamente constitucional, no solo porque en su momento la dictó el legislador estatal sino también porque no invade competencias exclusivas del Estado, puesto que establece una solución coincidente con las que de manera general consagra el Código Civil y la legislación general del Estado. Esto es así por los siguientes motivos.

En primer lugar, porque aunque no es fácil realizar una calificación al respecto y han existido bastantes dudas en calificar el testamento mancomunado como una cuestión de forma o de fondo o sustantiva[56], parece imponerse mayoritariamente, aunque no unívocamente, la idea de que es un problema de fondo, que por tanto se rige por la ley sucesoria, es decir la ley personal y no por el ordenamiento del lugar de otorgamiento[57]. Sin que esta posición pueda quedar desvirtuada por lo que dice el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias en su artículo 4: «*El presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas*». Pues de su propio tenor y del título del Convenio donde se inserta se desprende claramente que se refiere exclusivamente a los aspectos formales del testamento mancomunado, pero no a sus elementos sustantivos. De la calificación de la figura en los distintos ordenamientos civiles españoles se desprende que «*el testamento de mancomún es un tipo testamentario, sin perjuicio de que existan reglas relativas a la forma que deban respetarse en el momento de otorgarse. El testamento mancomunado comporta una regulación de carácter material, tanto respecto de los Derechos que lo admiten, como de aquel que lo prohíbe. Esta posición repercute en el tratamiento conflictual, de manera que la ley que rige esta modalidad testamentaria es la lex successionis, designada por el artículo 9.8 Código Civil*»[58].

Un segundo motivo se encuentra en el artículo 733 del Código Civil, que dice: «*No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 699, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado*». Este precepto refuerza la idea de que nos hallamos ante un problema sustantivo y no de forma y, haciendo una interpretación a *sensu contrario*, nos lleva a concluir que será válido el testamento otorgado de mancomún por españoles a los que su ley personal les autorice dicha modalidad testamentaria con independencia del lugar donde testen.

Por último, alguna jurisprudencia y práctica registral, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1912 y la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de octubre de 1894[59], ha admitido como

válido el testamento mancomunado otorgado en España por extranjeros conforme a su ley nacional. Lo que confirma la naturaleza sustantiva de la mencionada modalidad testamentaria.

La Ley 200 al operar con la ley personal coincide con las soluciones estatales.

VI. LEY REGULADORA DEL USUFRUCTO DE FIDELIDAD

La Ley 253 dice en su segunda parte:

> «*Ley personal*
> *El usufructo de fidelidad se dará a favor del cónyuge sobreviviente cuando el premuerto tuviera la condición foral de navarro al tiempo del fallecimiento*».

Lo primero que hay que destacar, y tener muy presente, es que la redacción de esta norma corresponde a la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril[60], por tanto se trata de una disposición dictada por el legislador navarro y no por el estatal, lo que implica una diferencia sustancial en cuanto a su constitucionalidad respecto de otras Leyes del Fuero Nuevo que hemos tratado hasta ahora. Como ha señalado la doctrina[61], hasta la Ley Foral 5/1987 el punto de conexión empleado por la Ley 253 era la vecindad foral navarra del marido. Esto era inadmisible desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, en tanto que implicaba una clara discriminación por razón de sexo; este fue el motivo de su reforma. De esta manera, la norma incorporó un punto de conexión neutro, como es la vecindad civil navarra del cónyuge premuerto, y que además coincidía con la solución que entonces, año 1987, consagraba el artículo 9.8 del Código Civil, en el sentido de que la sucesión se regía por la ley personal del causante al tiempo del fallecimiento.

Sin embargo, el problema surgió al ser reformado el mencionado artículo del Código Civil mediante la ya citada Ley 11/1990. Pues se le introdujo un inciso final que dice: «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*». Esta novedad, que se introdujo para tratar de superar los problemas de inadaptación que perjudicaban al cónyuge supérstite[62], significa que los derechos sucesorios del cónyuge viudo no se rigen por la ley personal del causante, ley de la vecindad civil en los conflictos internos, sino por el ordenamiento, que de acuerdo con el artículo 9.2 del Código Civil, regula los efectos del matrimonio[63].

De esta manera la segunda parte de la Ley 253, norma de origen foral y no estatal, entró en clara contradicción con lo dispuesto en el Código Civil. Durante un largo tiempo ha existido un cierto debate doctrinal, reflejado en la jurisprudencia y la práctica registral, acerca de los derechos a los que se refiere el inciso final del artículo 9.8[64], ya que frente a los que sostenían que se refería a todos los derechos del cónyuge viudo atribuidos por la ley algunos autores entendían, en una interpretación restrictiva, que solo abarcaba a los aspectos patrimoniales derivados de los efectos personales, el llamado estatuto patrimonial primario. Sin embargo, el tema ha quedado claramente zanjado por la importantísima Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014[65], que se ha inclinado indubitadamente por la primera posición. En ella se sostiene a este respecto: «*3. …contrariamente a la fundamentación técnica seguida por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la*

regla del artículo 9.8 in fine, del Código Civil… opera como una excepción a la regla general de la lex sucessionis previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria). […] En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial, no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, más bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: solución, además armónica con los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de La Haya de 14 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989. […] Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por «efectos del matrimonio» que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no solo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, aventajas, ajuar doméstico, etc., y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los «efectos del matrimonio» como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges. […] 4. En el presente caso, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación sistemática de los artículos 9.2 y 9.8 in fine del Código Civil lleva a que los derechos sucesorios de doña Ariadna, como cónyuge supérstite, deban ser regulados de acuerdo con el sistema sucesorio español. Así se desprende la escritura pública de capitulaciones prenupciales, de 17 de febrero de 2004, en donde los otorgantes, para el caso de celebración del proyectado matrimonio, hicieron constar su residencia habitual común en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio».

Por consiguiente, la segunda parte de la Ley 253 está en manifiesta contradicción con el artículo 9.8 *in fine* del Código Civil, sin que esta contradicción pueda salvarse mediante una interpretación restrictiva del alcance de este último precepto. No obstante, dado que la segunda parte de la Ley 253 es una norma para resolver los conflictos de leyes, dictada por el legislador foral en clara intromisión en las competencias exclusivas del Estado, hay que entender que es inconstitucional y que quedó derogada por la entrada en vigor del artículo 9.8 *in fine* del Código Civil[66].

VII. CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL RETRACTO GENTILICIO

La segunda parte de la Ley 452 dice:

> «*Ley aplicable*
> *Este derecho de retracto se dará sobre inmuebles sitos en Navarra y únicamente a favor de personas que tengan la condición foral de navarros*».

La doctrina ha definido el retracto gentilicio al que ahora nos referimos como «*el derecho real de origen legal que, en caso de transmisión onerosa proyectada o realizada de determinados bienes inmuebles o cuotas indivisas de estos, faculta a los parientes del enajenante pertenecientes al tronco de procedencia de los bienes para adquirirlos con preferencia a terceros*»[67].

La constitucionalidad de la segunda parte de la Ley 452 queda justificada, como ya hemos señalado anteriormente, porque en su momento fue dictada por el Legislador estatal.

Para que opere el retracto gentilicio de la Ley 452 se requieren dos condiciones; una de naturaleza real, que el inmueble se encuentre situado en el territorio de Navarra, y otra de naturaleza personal, que el retrayente tenga la vecindad civil navarra. Esta exigencia de concurrencia de condiciones acumulativas personales y reales es típica de los retractos de esta naturaleza y, salvando las distancias y las particularidades propias de cada legislación, se da en los demás ordenamientos forales o autonómicos en instituciones paralelas[68]. Pero dándose las citadas condiciones acumulativas, la Ley 452 no exige ninguna otra para que opere el retracto previsto en la misma, siendo irrelevantes otras circunstancias, como por ejemplo la vecindad civil del vendedor. Los antecedentes jurisprudenciales fueron claros en este sentido; tuvieron en cuenta el estatuto real, que el inmueble se encontraba en Navarra, en un supuesto en que el retrayente tenía vecindad civil navarra, manifestando la irrelevancia de la vecindad civil del vendedor[69].

VIII. SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN PREVISTA EN EL DERECHO NAVARRO. SOLUCIONES CONFLICTUALES

El Fuero Nuevo regula en las leyes 499 y siguientes la rescisión por lesión. Bajo el confuso título de «*Sujeto*», la Ley 500 regula los supuestos en los que se va aplicar la legislación navarra sobre rescisión por lesión, diciendo:

> «*Siendo navarros todos los contratantes, procederá la rescisión por lesión sea cual fuere el lugar en que se hallare el objeto y el del otorgamiento del contrato.*
>
> *Siendo navarro tan solo alguno de los contratantes, procederá la rescisión cuando el contrato deba someterse a la Ley navarra.*
>
> *En ningún caso podrá pedir la rescisión por lesión quien, profesional o habitualmente, se dedique al tráfico de las cosas objeto del contrato o fuere perito en ellas*».

Desde la perspectiva de este trabajo tienen interés los dos primeros párrafos, que determinan a que casos se extiende la normativa navarra sobre rescisión por lesión. En cuanto a la justificación de la constitucionalidad del precepto y su vigencia hay que recordar que se trata de una norma dictada por el legislador estatal y no por el foral[70]. Que además se dictó en un momento en el que el ordenamiento español no decía nada sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y que la posterior, aunque casi contemporánea, promulgación del artículo 10.5 del Código Civil no le afectó en cuanto a su vigencia, pues como norma especial de extensión no se vio derogada por la norma de conflicto general. Sin embargo, si nos encontrásemos ante una situación privada internacional por la presencia de un elemento de extranjería en la relación, por ejemplo ubicación del bien en el extranjero o celebración del contrato fuera de España, habría que

acudir a la aplicación del, ya citado, Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

En los aspectos conflictuales, la Ley 500 establece dos reglas para dos supuestos diferentes. La primera regla consiste en que siendo de vecindad civil navarra todos los contratantes, con independencia del lugar de situación del objeto o del de celebración del contrato, se aplicará la normativa navarra sobre rescisión por lesión. Esta es una solución que hoy se ha quedado antigua y que responde a una concepción ya superada del Derecho Internacional Privado. En efecto, cuando se dictó la Ley 500 todavía en España se tenía una visión demasiado extensa del estatuto personal, lo que llevaba a que en muchas ocasiones en materia contractual se acudiese a la conexión de la ley personal de los contratantes. Un buen ejemplo de esta realidad es el propio artículo 10.5 del Código Civil, que somete a los contratos, salvo a los relativos a inmuebles y a las compraventas de muebles corporales en establecimiento mercantil, en defecto de una muy limitada autonomía de la voluntad, a *«la ley nacional común a las partes»*. Es decir, nos encontramos ante una regla técnicamente antigua en su concepción, que solo es aplicable en conflictos de leyes puramente internos.

La segunda regla establece que cuando sea navarro solamente alguno de los contratantes se aplicará la normativa navarra sobre rescisión por lesión cuando el contrato se rija por la Ley navarra. También esta disposición adolece de una concepción demasiado expansiva del estatuto personal. En los supuestos puramente internos la ley aplicable se determinará, como ya hemos visto anteriormente, de acuerdo con el artículo 10.5 del Código Civil. En los casos internacionales tal determinación se realizara aplicando lo dispuesto en el Reglamento (CE) 593/2008 (Roma I), que por el juego de sus conexiones también puede remitir a la aplicación del Derecho de Navarra como regulador del contrato, pues su artículo 22.1, bajo el título «*Estados con más de un sistema jurídico*», dice: «*Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento*».

IX. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RUBIO, J. J. (1997), La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional, *RVAP*, 21 y sigs.

BARBER CÁRCAMO, R. (2002), Ley 452, en: RUBIO TORRANO, E. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona, 1496 y sigs.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1977), Artículo 15, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, vol. I, 718 y sigs.

— (1983). «Vecindad civil y nacionalidad», *ADC*, pp. 1156 y sigs.

CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014), Sociedades de capital y otras personas jurídicas, en: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 15.ª ed., Granada, vol. II, 666 y sigs.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014), *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada.

— (2009) Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones antes y después del Reglamento Roma I, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, II, 320 y sigs.

CASTELLANOS RUIZ, E. (2009). Sucesión hereditaria, en: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 10.ª ed., Granada, vol. II, 370 y sigs.

DE PABLO CONTRERAS, P. (1990). *Tomo I: Introducción. Parte General*, en: DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil Navarro,* Pamplona.

DELGADO ECHEVERRÍA, J. (1993). Artículo 16, *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, T. I, 167.

DURÁN RIVACOBA, R. (1991). La condición civil foral de navarro, en: ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., CORDÓN MORENO, F., DURÁN RIVACOBA, R., *Temas de Derecho Civil Foral navarro*, Madrid, 95 y sigs.

FONT I SEGURA, A. (2008). Conflictos internos de leyes en materia de sucesiones, en: Gimeno y Gómez-Lafuente, J. L., Rajoy Brey, E., (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial,* Cizur Menor, T. II, pp. 1378 y sigs.

GARAU JUANEDA, L., La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español, en *Bitácora Millennium DIPr.*, 64 y sigs.; disponible en http://www.millenniumdipr.com/ba-27-la-integracion-del-reglamento-europeo-en-materia-sucesoria-en-el-derecho-interregional-espanol.

GLENN, H. P. (1996). Codification of Private International Law in Quebec, *RabelsZ*, 231 y sigs.

IRIARTE ÁNGEL, F. B. (2014). La unidad de la sucesión después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos, *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 26, 389 y sigs.

IRIARTE ÁNGEL, J. L. (1999). Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 39 y sigs.

— (1991). La Ley 11/1990 y su incidencia discriminatoria en el régimen de la vecindad civil y en los conflictos de leyes internos, en: Churruca, J., González, M. (eds.), *Jornadas internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas,* Bilbao, 419 y sigs.

— (1988). La adquisición o recuperación de la nacionalidad española y el sometimiento al Fuero de Bizkaia, *VI Jornadas Vizcaya ante el Siglo XXI. II. Actualización del Derecho Civil Vizcaíno*, Bilbao, pp. 253 y sigs.

— Conflictos internos de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales (2008), en Gimeno y Gómez-Lafuente, J. L., Rajoy Brey, E., (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial,* Cizur Menor, T. I, 565 y sigs.

— (2013). Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos, reflexiones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000), *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho. In memoriam Javier de Oleaga Echeverría,* núm. 24, junio, 169 y sigs.

— (2016). Ámbito material y personal y normas conflictuales, *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, Vitoria-Gasteiz, 149 y sigs.

JIMENO ARANGUREN, R. (2015). *El régimen económico matrimonial en el Derecho navarro (1839-2015). Hacia una revisión legislativa*, Cizur Menor.
LIPSTEIN, K., SZASZY, I. (2015). Interpersonal Conflict of Laws, *Ibídem*, cap. 10, 3-35.
LORENTE MARTÍNEZ, I. (2015). Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho Internacional Privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 256 y sigs.
MEZQUITA DEL CACHO, J. L. (2002). Ley 148, en: Rubio Torrano, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,* Cizur Menor, 439 y sigs.
MORETÓN SANZ, M. F. (2010). Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 1282 y sigs.
PLENDER, R., WILDERSPIN, M. (2001). *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,* 2.ª ed., London.
PUENTE EGIDO, J. (1981). *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Barcelona.
RUBIO TORRANO, E. (2002). «Ley 15», en: Rubio Torrano, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona, 49.
SABATER BAYLE, E. (2009). *Derecho Civil Navarro*, Madrid.
— (2002). Ley 500, en: Rubio Torrano, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, 2002, 1697-1698.
SYMEONIDES, S. (1992). Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Lousiane, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv*., 223 y sigs.
TORRES LANA, J. A. (2002). Ley 253, en: Rubio Torrano, E. (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, 748-749.
VILLAR Y ROMERO, J. M. (1912). «Un extranjero al adquirir la nacionalidad española precisamente por residencia en Navarra, ¿adquiere igualmente el derecho a regirse por las particularidades del Derecho foral navarro?», *RDP*, 699 y sigs.
VITTA, E. «Interlocal Conflict of Laws», *Int. Enc. Comp. Law. Vol. III Private International Law*, Lipstein, K. (ed.), cap. 9, 3-27.
ZABALO ESCUDERO, M. E. (1995). Artículo 16.1.º, en: Albaladejo, M., Díaz Alabart, S. (Dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, T. I, vol. 2, 2.ª ed., 1263 y sigs.
— (1989). «El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», *RGD*, 6855 y sigs.
— (1993). *La situación jurídica del cónyuge viudo*, Pamplona.
— (2016). «Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias» en *Bitácora Millennium DIPr* Núm. 3 2016, 54 a 68 disponible en http://www.millenniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergencias.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC de 29 de julio de 1983 (72/1983).
- STC de 6 de mayo de 1993 (156/1993).

- STC de 8 de julio de 1993 (226/1993).
- STC de 23 de abril de 2013 (93/2013).
- STS (Sala Primera) de 28 de mayo de 1912.
- STS (Sala Primera) de 26 de enero de 1928.
- STS (Sala Primera) de 28 de abril de 2014.
- STS (Sala Primera) de 16 de marzo de 2016.

- STSJ (S. Civil y Penal) de Navarra de 6 de septiembre de 2002.

- SAP de Navarra de 16 de noviembre de 2001.

- RDGRN de 28 de octubre de 1894.

NOTAS

[1] *BOE* de 7 a 10 y 12 a 14 de marzo de 1973; con corr. err. *BOE* de 30 de mayo de 1974.

[2] El origen de este artículo se encuentra en mi participación en el congreso: *Hacia la codificación del Derecho Civil de Navarra*.

[3] VITTA, E., Interlocal Conflict of Laws, *Int. Enc. Comp. Law. vol. III Private International Law*, LIPSTEIN, K. (ed.), cap. 9, pp. 3-27. LIPSTEIN, K., SZASZY, I., Interpersonal Conflict of Laws, *Ibidem*, cap. 10, pp. 3-35. SYMEONIDES, S., «Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Lousiane», *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1992, pp. 223 y sigs. GLENN, H. P., Codification of Private International Law in Quebec, *RabelsZ*, 1996, pp. 231 y sigs.

[4] IRIARTE ÁNGEL, J. L., Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil, *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, pp. 39 y sigs. ÁLVAREZ RUBIO, J. J., La actual configuración de los presupuestos generales del sistema español de Derecho interregional, *RVAP*, 1997, pp. 21 y sigs.

[5] *BOE* de 18 de agosto de 1983.

[6] *BOE* de 28 de mayo de 1993.

[7] *BOE* de 2 de agosto de 1993.

[8] *BOE* de 23 de mayo de 2013. IRIARTE ÁNGEL, J. L., Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos, reflexiones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000), *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho. In memoriam Javier de Oleaga Echeverría,* núm. 24, de junio de 2013, pp. 169 y sigs.

[9] *BON* de 7 de julio de 2000.

[10] DELGADO ECHEVERRÍA, J., Artículo 16, *Comentario del Código Civil*, 2.ª ed., Madrid, 1993, T. I, p. 167. ZABALO ESCUDERO, M. E., Artículo 16.1.º, en: Albaladejo, M., Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1995, T. I, vol. 2, 2.ª ed., pp. 1263-1264.

[11] De normas «*en entredicho*» han sido calificadas por RUBIO TORRANO, E., Ley 15, en: Rubio Torrano, E. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil de Navarra*, Pamplona, 2002, p. 49. De una manera más decidida: BARBER CÁRCAMO, R., Ley 452, *Ibidem*, p. 1496. También se ha dicho que «*el artículo 43 del Amejoramiento ha derogado la regla contenida en la ley 10 del Fuero Nuevo … las disposiciones de Derecho interregional contenidas en el Fuero Nuevo … han de entenderse, tras la entrada en vigor del Amejoramiento, sustituidas por las contenidas en el Derecho estatal, …, que son las únicas que pueden regir en esta materia*» (DE PABLO CONTRERAS, P., *Tomo I: Introducción. Parte General*, en: DE PABLO CONTRERAS, P., MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, *Curso de Derecho Civil Navarro,* Pamplona, 1990, pp. 279-280). Sin embargo, la propia remisión a la «*legislación estatal*» que hace el mencionado artículo 43 del Amejoramiento justificaría, en nuestra opinión, su validez constitucional.

[12] Sobre el mencionado artículo y sus orígenes y antecedentes: ZABALO ESCUDERO, M. E., «Artículo 16.1», pp. 1265 y sigs.

[13] Véase, por ejemplo el artículo 38 del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, en materia de sucesiones, o el artículo 22.2 del Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). GARAU JUANEDA, L., «La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español» en *Bitácora Millennium DIPr.*, pp. 64 y sigs.; disponible en http://www.millenniumdipr.com/ba-27-la-integracion-del-reglamento-europeo-en-materia-sucesoria-en-el-derecho-interregional-espanol.

[14] *R. Jur. Navarra,* 2003, Núm. 35, pp. 306-313.

[15] *R. Jur. Navarra,* 2002, Núm. 33-I, pp. 292-295.

[16] Véanse los artículos 9.4, 9.6 y 9.7 del Código Civil modificados por el artículo 2.1 de la Ley 26/2015, de 28 de julio. Respecto del 9.7 hay que tener en cuenta el artículo 15 del Reglamento (CE) 4/2009, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de Resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

[17] Por ejemplo, el Reino Unido mediante la sección 2(3) de *The Contracts (Applicable Law) Act 1990* extendió la aplicación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a los conflictos internos. *Vid.* el texto de la norma en: PLENDER, R., WILDERSPIN, M., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations,* 2.ª ed., London, 2001, pp. 251 y sigs.

[18] Sobre las posibles soluciones para conjugar la paridad entre ordenamientos con la seguridad jurídica y la certeza en la regulación de los conflictos internos: IRIARTE ÁNGEL, J. L., Parámetros constitucionales …, pp. 52 y sigs.

[19] Con carácter general: DE PABLO CONTRERAS, P., *Introducción y Parte General …*, pp. 297 y sigs. DURÁN RIVACOBA, R., La condición civil foral de navarro, en: ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., CORDÓN MORENO, F., DURÁN RIVACOBA, R., *Temas de Derecho Civil Foral Navarro*, Madrid, 1991, pp. 95 y sigs.

[20] Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra. *BON* de 3 de septiembre de 1982.

[21] *BOPV,* núm. 124, de 3 de julio de 2015.

[22] La importantísima Disposición Transitoria Séptima de la Ley 5/2015, titulada «*atribución de la vecindad civil vasca*», dice en su párrafo primero:

«*Desde la entrada en vigor de esta ley, quienes gocen de la vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco, adquirirán automáticamente la vecindad civil vasca y la vecindad civil local que, en su caso, les corresponda*».

A su vez el artículo 10.1 de la misma Ley establece que «*el Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca*». De la aplicación conjunta de estos preceptos se desprenden dos consecuencias transcendentales: la primera es que quien a la entrada en vigor de la Ley tenía vecindad civil en un territorio vasco sometido al Código Civil, y por tanto su vecindad era la común, pasa a tener vecindad civil vasca y queda sometido al Derecho Civil Vasco. Por ejemplo, quien tenía vecindad civil en Bilbao ha pasado a tener la nueva vecindad y se rige por el ordenamiento vasco; con las importantes consecuencias que esto tiene, entre otros aspectos, en materia sucesoria. La segunda consecuencia es que quien tenía vecindad civil aforada en un territorio vasco con Derecho propio, con la vigencia de la Ley ha pasado a tener vecindad civil vasca con la vecindad civil local que le corresponda (véanse los artículos 10.3, 61 y 88 de la Ley 5/2015 del País Vasco). De tal manera que se regirá por el Derecho Foral correspondiente a su vecindad local y en lo no previsto por el mismo por el Derecho Civil Vasco. IRIARTE ÁNGEL, J. L., Ámbito material y personal y normas conflictuales, *El Derecho Civil Vasco del Siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros. Jornadas celebradas en Bilbao los días 2 y 3 de noviembre de 2015*, VITORIA-GASTEIZ, 2016, pp. 149 y sigs.

[23] *BOE* de 18 de octubre de 1990. Pero aunque esta Ley, al igual que la que se cita en la nota siguiente, mejoró la situación previa, ha continuado manteniendo importantes discriminaciones en cuanto al régimen de la vecindad civil. Por ejemplo, la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional 226/1993, tuvo su origen en un recurso promovido

por la Diputación General de Aragón contra los artículos 14.3 y 16.3 del Código Civil, según la redacción dada a los mismos por la Ley 11/1990. El recurso se basaba sobre el trato más favorable de la nueva legislación para la vecindad civil común y el Código Civil, a los que recurría como solución de cierre, en detrimento de los ordenamientos forales, y, en consecuencia, era contraria al principio de igualdad entre los distintos ordenamientos civiles que conviven en España. Como ya hemos señalado, el recurso no prosperó. IRIARTE ÁNGEL, J. L., La Ley 11/1990 y su incidencia discriminatoria en el régimen de la vecindad civil y en los conflictos de leyes internos, en: Churruca, J., González, M. (eds.), *Jornadas internacionales sobre Instituciones Civiles Vascas,* Bilbao, 1991, pp. 419 y sigs.

[24] *BOE* de 18 de diciembre de 1990.

[25] IRIARTE ÁNGEL, J. L., «La adquisición o recuperación de la nacionalidad española y el sometimiento al Fuero de Bizkaia», *VI Jornadas Vizcaya ante el Siglo XXI. II. Actualización del Derecho Civil Vizcaíno*, Bilbao, 1988, pp. 253 y sigs.

[26] VILLAR Y ROMERO, J. M., Un extranjero al adquirir la nacionalidad española precisamente por residencia en Navarra, ¿adquiere igualmente el derecho a regirse por las particularidades del Derecho foral navarro?, *R.D.P.*, 1912, pp. 699 y sigs.

[27] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Artículo 15, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, 1977, vol. I, pp. 718 y sigs. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Vecindad civil y nacionalidad, *ADC*, 1983, pp. 1156 y sigs.

[28] Véanse las atinadas reflexiones de MORETÓN SANZ, M. F., Determinación de la ley personal del causante: notas sobre la recuperación de la vecindad civil por residencia y el alcance de la inconstitucionalidad sobrevenida del principio de unidad familiar, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 719, 2010, pp. 1282 y sigs.

[29] ZABALO ESCUDERO M.E., Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias, en *Bitácora Millennium DIPr* Núm. 3 2016 p. 54 a 68 disponible en http://www.millenniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergencias.

[30] Véase el artículo 8, titulado *Domicilio fiscal y residencia habitual*, del Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, suscrito el 31 de julio de 1990. Ley 28/1990, de 26 de diciembre. *BOE* de 27 de diciembre de 1990 con corrección de errores en *BOE* de 26 de enero de 1991.

[31] *RGLJ, Jurisp. Civ.*, T. 180, núm. 107. PUENTE EGIDO, J., *Derecho internacional privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1981, pp. 587-588. Los hechos que dieron lugar a esta Sentencia fueron en esencia los siguientes: un vizcaíno de la tierra llana emigró muy joven a la Argentina, donde vivió varias décadas conservando siempre la nacionalidad española. Poco antes de morir otorgó testamento en aquella República.

[32] DURÁN RIVACOBA, R., La condición…, pp. 125 y sigs.

[33] Téngase en cuenta el artículo 15.2 del Código Civil respecto de los casos de adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza.

[34] DE PABLO CONTRERAS, P., *Introducción y Parte General …*, pp. 310 y sigs.

[35] CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Sociedades de capital y otras personas jurídicas, en: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 15.ª ed., Granada, 2014, vol. II, pp. 666 y sigs.

[36] CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Sociedades de …, p. 669.

[37] *Vid.* las Leyes 42, 43 y 346 del Fuero Nuevo.

[38] SABATER BAYLE, E., *Derecho Civil Navarro*, Madrid, 2009, pp. 76 y sigs.

[39] El artículo 44.20 del Amejoramiento consagra la competencia exclusiva de Navarra en materia de «*Fundaciones constituidas con arreglo a las normas del Derecho Foral de Navarra*».

[40] *BON* de 17 de julio de 1996.

[41] *Vid.* el artículo 44.27 del Amejoramiento.

[42] *BON* de 13 de diciembre de 2006.

[43] *BON* de 2 de febrero de 2015.

[44] *DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012. Correcciones en *DOUE,* L 344, de 14 de diciembre de 2012 y *DOUE*, L 60, de 2 de marzo de 2013.

[45] CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012, de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Granada, 2014, pp. 222 y sigs.

[46] MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Ley 148», en: RUBIO TORRANO, E. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra,* Cizur Menor, 2002, pp. 439-440.

[47] *DOUE*, L 177, de 4 de julio de 2008. Corrección en *DOUE,* L 309, de 24 de noviembre de 2009.

[48] *Vid.* los apartados b) y c) del artículo 1.2 del Reglamento. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones antes y después del Reglamento Roma I, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009-II, pp. 320 y sigs.

[49] Su artículo 83.1 dice: «*Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha*».

[50] Véanse sus artículos 24 y 25.

[51] Véanse los artículos 36 y 37 sobre el problema de la remisión a un Estado plurilegislativo.

[52] *BOE* de 17 de agosto de 1988.

[53] Este artículo se titula: «*Validez formal de las disposiciones mortis causa realizadas por escrito*». Téngase en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.2.f) del mismo Reglamento.

[54] Preceptos paralelos a este se encuentran en los Derechos Forales o Autonómicos de otros territorios que también admiten el testamento de hermandad, conjunto o mancomunado. Véase, por ejemplo, el artículo 24.3 y 4 de la Ley Vasca 5/2015. IRIARTE ÁNGEL, J. L., Ámbito material y personal…, pp. 158 y sigs.

[55] CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio …*, pp. 124 y sigs.

[56] Sobre los términos de este debate: FONT I SEGURA, A., «Conflictos internos de leyes en materia de sucesiones», en: Gimeno y Gómez-Lafuente, J. L., Rajoy Brey, E., (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial,* Cizur Menor, 2008, T. II, pp. 1378 y sigs.

[57] ZABALO ESCUDERO, E., El testamento conjunto en Derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés, *RGD*, 1989, pp. 6855 y sigs.

[58] FONT I SEGURA, A., Conflictos internos…, pp. 1379-1380. Recordemos que el autor escribe antes de la entrada en vigor del Reglamento (UE) 650/2012.

[59] CASTELLANOS RUIZ, E., Sucesión hereditaria, en: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, 10.ª ed., Granada, 2009, vol. II, p. 370.

[60] *BON* de 6 de abril de 1987. Corrección en *BON* de 6 de mayo de 1987.

[61] TORRES LANA, J. A., Ley 253, en: Rubio Torrano, E. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, 2002, pp. 748-749.

[62] Sobre este problema y sus posibles soluciones: ZABALO ESCUDERO, E., *La situación jurídica del cónyuge viudo*, Pamplona, 1993.

[63] IRIARTE ÁNGEL, J. L., Conflictos internos de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales, en: Gimeno y Gómez-Lafuente, J. L., Rajoy Brey, E., (coord.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial,* Cizur Menor, 2008, T. I, pp. 565 y sigs. JIMENO ARANGUREN, R., *El régimen económico matrimonial en el Derecho Navarro (1839-2015). Hacia una revisión legislativa*, Cizur Menor, 2015.

[64] Sobre este debate y su reflejo en la jurisprudencia y la práctica registral: FONT I SEGURA, A., Conflictos internos…, pp. 1388-1389.

[65] *Aranzadi RJ*, 2014, 2795. IRIARTE ÁNGEL, F. B., La unidad de la sucesión después de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos, *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 26, 2014, pp. 389 y sigs. LORENTE MARTÍNEZ, I., Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho Internacional Privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, pp. 256 y sigs.

Véase en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (Sentencia 161/2016. Núm. de recurso 1954/2014).

[66] En el mismo sentido: TORRES LANA, J. A., Ley 253, …, p. 749. FONT I SEGURA, A., Conflictos internos…, p. 1394.

[67] BARBER CÁRCAMO, R., Ley 452, en: Rubio Torrano, E. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, 2002, p. 1495.

[68] Véanse los artículos 61.1, 63.3 y 68 de la Ley Vasca 5/2015. IRIARTE ÁNGEL, J. L., Ámbito material y personal…, pp. 155 y sigs.

[69] Véase la referencia a dicha jurisprudencia y su análisis en: BARBER CÁRCAMO, R., Ley 452, …, p. 1497.

[70] No obstante véanse las interesantes reflexiones al respecto expuestas en: SABATER BAYLE, E., Ley 500, en: Rubio Torrano, E. (dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Cizur Menor, 2002, pp. 1697-1698.

1.5. Obligaciones y contratos

Información precontractual al prestatario: algunas notas sobre las exigencias de la Directiva 2014/17/UE en este ámbito

Pre-contractual information to the borrower: some notes about the requirements of the Directive 2014/17/EU

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 uno de los principales aspectos en los que incide la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014 (que debió haber sido objeto de transposición en marzo de 2016): la necesaria información que con carácter previo a la celebración del contrato debe facilitarse al prestatario en aras a conseguir una toma consciente de decisiones (previsión de una ficha de información precontractual normalizada, entrega de copia de proyecto de contrato, información sobre gastos o costes reales y sobre las consecuencias del incumplimiento, transparencia,…).

En el marco de las previsiones de la Directiva 2014/17/UE sobre la información precontractual a dar al prestatario, se pretende identificar y determinar en qué medida la transposición de esta Directiva afectará a nuestras normas actualmente vigentes y a ciertas prácticas que en el marco de la concesión de créditos hipotecarios se han venido desarrollando hasta ahora.

ABSTRACT: In this work is to analyze one of the main aspects in which the impact of the Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council of 4 February 2014 (which should have been transposed in March 2016): The necessary information prior to the conclusion of the contract must be provided to the borrower in order to get a conscious decision-making (provision of a standardised pre-contractual information tab, delivery of a copy of the draft contract, information on actual cost or expenditure and on the consequences of non-compliance, transparency,…).

In the framework of the provisions of Directive 2014/17/EU on pre-contractual information to give to the borrower, it is intended to identify and determine the extent to which the transposition of this Directive will affect our rules currently in force and certain practices in the framework of the granting of mortgage loans have been developed up to now.

PALABRAS CLAVE: Directiva 2014/17/UE. Transposición. Consumidor. Garantías. Información. Transparencia.

KEY WORDS: 2014/17/EU Directive. Transposition. Consumer. Guarantee. Information. Transparency.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES: 1. Cuestiones generales. 2. Información básica.—III. INFORMACIÓN GENERAL.—IV. INFORMACIÓN PERSONALIZADA (FEIN): 1. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). 2. Periodo de reflexión y/o derecho de desistimiento. 3. Copia del proyecto de contrato. 4. Transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios en el anteproyecto español de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario.—V. INFORMACIÓN POR INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO Y EXPLICACIONES ADECUADAS.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Uno de los principales aspectos en los que incide 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, es la necesaria información que con carácter previo a la celebración del contrato debe facilitarse al prestatario en aras a conseguir una toma consciente de decisiones. Una información que, además, debe ser facilitada de forma gratuita, sin imponer costes al consumidor (art. 8 de la Directiva)[1].

Esta Directiva pone de manifiesto en varias ocasiones en el marco de sus considerandos la necesidad de desarrollar un marco común europeo uniforme en materia de crédito, más transparente y eficiente, en el que los consumidores hayan recobrado la confianza y que resulten eficazmente protegidos. Y todo esto pasa, según el legislador comunitario, por una regulación más efectiva en relación a los siguientes aspectos: educación financiera del consumidor; información al consumidor; evaluación de su solvencia; y la oportuna cualificación, conocimientos y competencias del personal de prestamistas e intermediarios de crédito.

En este trabajo nos detendremos únicamente en las exigencias sobre información a aportar al consumidor en el marco de la contratación de créditos sobre los que es de aplicación la Directiva 2014/17/UE conforme a lo previsto en su artículo 3[2]. Y fundamentalmente nos centraremos en la información previa al contrato: tanto en las previsiones contenidas en esta Directiva sobre la publicidad y comunicaciones comerciales, como sobre la información general y personalizada (esta última materializada en la Ficha Europea de Información Normalizada - FEIN). En la Directiva 2014/17/UE se hace referencia a la «información precontractual» únicamente por referencia a lo que aquí señalo como información personalizada y la FEIN (art. 14), pero he querido acoger en este trabajo una concepción más amplia de «información precontractual» abordando toda la información que con carácter previo al contrato es preciso que se proporcione al consumidor para que la contratación en este ámbito venga amparada por los principios de buena fe, lealtad, transparencia y confianza, tal y como se pretende por esta Directiva; en definitiva atender a las previsiones de la Directiva contenidas en el capítulo 4 «Información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito», salvo en lo que se refiere a las prácticas de ventas vinculadas y combinadas (art. 12 de la Directiva)[3].

Precisamente en cuanto a la información precontractual a suministrar al consumidor, concretamente respecto a la información personalizada (a través de la FEIN), la Directiva 2014/17/UE acoge unas disposiciones que son objeto de una máxima armonización: tal y como señala el artículo 2 de la Directiva, no hay ningún óbice a que los Estados miembros mantengan o adopten disposiciones más estrictas en cuanto a la protección de los consumidores, siempre que sean compatibles con las obligaciones que impone el Derecho de la Unión Europea, pero en relación con las previsiones de la Directiva 2014/17/UE sobre la información precontractual normalizada y sobre el cálculo de la TAE sí que se advierte que no se admiten normas de Estados miembros que diverjan de lo previsto en esta Directiva[4].

España debe transponer esta Directiva, y además de hacerlo con retraso (pues debió haber sido objeto de transposición en marzo de 2016), lo hará en un momento en el que últimamente el ordenamiento jurídico español y las prácticas hipotecarias y crediticias se han visto afectados, especialmente a raíz de diversos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y también del Tribunal Supremo, en relación con la transparencia en los contratos, las cláusulas abusivas y las exigencias de información al prestatario, fruto de recursos y cuestiones prejudiciales planteadas en procedimientos de ejecución hipotecaria y reclamaciones dinerarias en un contexto de una importante crisis económica.

Veamos a continuación cuáles son las previsiones a transponer en materia de información precontractual y en qué puede verse afectado nuestro ordenamiento.

II. PUBLICIDAD Y COMUNICACIONES COMERCIALES

Aunque no se trata de información precontractual *strictu sensu* a proporcionar por el prestamista o intermediario del crédito al consumidor en el marco del concreto contrato a celebrar entre ellos, he querido traer aquí también las previsiones que sobre la publicidad y las comunicaciones comerciales se prevén en los artículos 10 y 11 de la Directiva 2014/17/UE pues la información que se contiene en ellas es el preludio de una posible contratación directa entre las partes.

La publicidad y comunicación comercial acoge una oferta pública que llega a los consumidores y cuyo contenido empujará al consumidor a tomar una decisión concreta en relación a ese producto de crédito publicitado y ofrecido y a acercarse y ponerse en contacto con el oferente comunicante. Si la información contenida en esa publicidad no es clara, leal y sin engaños el consumidor parte de una realidad que no es tal y eso afectará a su capacidad de evaluación y de toma de decisiones conscientes, voluntarias y plenas en el marco de la posterior contratación directa con el prestamista[5].

Sin duda se trata de unas disposiciones (las de los artículos 10 y 11 de la Directiva 2014/17/UE) que complementan ese fin de transparencia y protección del consumidor en el marco de la contratación de créditos inmobiliarios.

1. Cuestiones generales

En materia de publicidad y comunicaciones comerciales, la Directiva 2014/17/UE no entra en las previsiones de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales y las disposiciones que por su transposición se acogieron

en cada Estado miembro[6], sino que, sin perjuicio de ellas, lo que ordena es que los Estados miembros exijan que todas las comunicaciones publicitarias y comerciales sobre contratos de crédito sean leales, claras y no engañosas, prohibiéndose en particular «toda redacción que pueda generar en el consumidor falsas expectativas sobre la disponibilidad o el coste de un crédito» (art. 10 de la Directiva 2014/17/UE).

Se trata con ello, bajo el principio de buena fe contractual y de la información publicitaria, de impedir prácticas que de por sí generen en el consumidor una confianza falsa sobre la obtención del crédito, sus condiciones y su coste real, de modo que nublen la capacidad del consumidor de comparar anuncios y ofertas de manera fiel así como su aptitud para atender y entender el contenido real del contrato concreto que firme posteriormente, pues parte de una idea equivocada sobre el mismo y el producto adquirido, a raíz de esa publicidad engañosa o desleal; idea que puede persistir a pesar de la información que con posterioridad se le aporte, máxime si esa información no cumple con las previsiones y exigencias informativas que a continuación se detallarán.

2. Información básica

En toda la publicidad sobre contratos de crédito que indique tipo de interés aplicable u otras cifras relativas al coste del crédito para el consumidor deberán especificarse de forma clara, concisa y destacada todos los aspectos indicados en el artículo 11.2 de la Directiva 2014/17/UE: identidad de prestamista, intermediario de crédito o representante designado, garantías inmobiliarias del crédito, tipo deudor, gastos incluidos, importe total del crédito, TAE (que se incluirá en la publicidad de forma igualmente destacada, al menos, que cualquier tipo de interés), importe de los pagos a plazos y número de pagos a plazos, duración, importe total adeudado y, en caso de que se trate de un préstamo en divisa extranjera, «una advertencia sobre el hecho de que las posibles fluctuaciones del tipo de cambio podrían afectar al importe adeudado por el consumidor»; así como los servicios accesorios y sus costes (en particular, seguros) que se configuren como obligatorios para la concesión del crédito en las condiciones ofrecidas.

Además, en el apartado 6 del artículo 11 de la Directiva 2014/17/UE se faculta a los Estados miembros para exigir que se incluya en esa información publicitaria la advertencia «concisa y proporcionada sobre los riesgos específicos ligados a los contratos de crédito». Y, como tal, esta es la única posibilidad que expresamente se reconoce a los Estados miembros de ampliar la información a incluir obligatoriamente en la publicidad comercial sobre créditos inmobiliarios: en el artículo 11 de la Directiva 2014/17/UE (a diferencia de lo que sí se prevé en otros artículos de esta Directiva, como en el artículo 13.2), no hay indicación expresa de que esa información básica pueda ampliarse con otros aspectos, o que los Estados miembros puedan exigir de prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados que incluyan otros elementos o advertencias en sus comunicaciones comerciales o publicitarias. Ahora bien, aunque no se señale expresamente en ese artículo 11, cabe entender que de la propia calificación como «información básica» se deduce la posibilidad de exigir la inclusión de más aspectos que los indicados en ese artículo 11.2 de la Directiva 2014/17/UE; e igualmente tal posibilidad puede deducirse de las previsiones del artículo 10 (en cuanto a la exigencia genérica de comunicaciones comerciales y publicitarias leales, claras y no engañosas) y del artículo 2 (que permite disposiciones más

estrictas en materia de protección del consumidor en cada Estado miembro) de la Directiva 2014/17/UE[7].

¿Cómo se señalará en la publicidad esta información básica? Se realizará de forma fácilmente legible y claramente audible, según el tipo de publicidad realizada, y a través de un ejemplo representativo (aunque este ejemplo no precisa referirse a los aspectos relativos a la identidad del prestamista, intermediario de crédito o representante designado, ni a las posibles garantías inmobiliarias del crédito ni a esa advertencia sobre fluctuaciones del tipo de cambio ni a servicios accesorios como seguros): artículo 11, apartados 3, 4 y 5, de la Directiva 2014/17/UE. Con este recurso a un ejemplo representativo se insiste en la idea de que al consumidor se le proporcione con claridad y gráficamente la información oportuna para poder comparar las diversas ofertas existentes.

III. INFORMACIÓN GENERAL

Ya en el marco del contrato de crédito, los prestamistas, intermediarios de crédito vinculados (si no son vinculados sería opcional imponerles esta obligación por los Estados miembros) o sus representantes designados estarán obligados a facilitar al consumidor en todo momento información general, clara y comprensible sobre los contratos de crédito (art. 13 de la Directiva 2014/17/UE).

El artículo 13 de la Directiva 2014/17/UE utiliza la expresión de facilitar «en todo momento» esa información; ese inciso lleva a pensar que no solo se trata de información precontractual sino que en cualquier momento de la contratación debería facilitarse. Ahora bien, tratándose de información general y que, por su contenido, resulta interesante para el consumidor conocer con carácter previo a la contratación de ese crédito, lo más lógico y oportuno es que se facilite en la fase precontractual, y entiendo que sería contrario a la buena fe y al principio de transparencia y fin de protección del consumidor pretendido por esta norma comunitaria el aportarse tal información una vez contratado el crédito[8].

La forma en que se debe facilitar esa información será o bien en soporte papel u otro soporte duradero[9] o bien en formato electrónico[10].

En este caso la Directiva prevé un mínimo de contenido de esa información general a suministrar, que incluye varios aspectos; entre otros: la identidad del emisor de la información, fines del crédito, formas de garantía, duración posible, formas de tipo deudor (fijo, variable o combinación de ambos), información sobre implicaciones de contratar créditos en moneda extranjera, ejemplos representativos de importes y costes totales, posibilidades y circunstancias de reembolso, evaluación del inmueble, servicios accesorios…

Pero, a su vez, faculta expresamente (a diferencia de en el caso de la información básica publicitaria y comercial del artículo 11 de la Directiva 2014/17/UE) a los Estados miembros a exigir la inclusión de otras advertencias como información general a facilitar obligatoriamente al consumidor; ahora bien, resulta curioso cómo esa facultad se refiere a una obligación que pudiera imponerse a prestamistas, sin aludir a ningún otro agente interviniente, ni intermediarios de crédito ni representantes designados como sí se refiere expresamente el artículo 13 de la Directiva 2014/17/UE en su apartado primero. En principio no parece que tenga mucho sentido esa limitación subjetiva contemplada en el apartado 2 del artículo 13 en cuanto al obligado a suministrar esa información general en relación con esas advertencias adicionales que prevea el concreto Estado miembro.

IV. INFORMACIÓN PERSONALIZADA (FEIN)

Atendemos ahora a las previsiones de la Directiva 2014/17/UE sobre información precontractual recogidas en el artículo 14 de esta norma comunitaria (y que es objeto de armonización máxima conforme al artículo 2 de la Directiva).

Me refiero a la información de carácter personalizado que debe facilitarse al consumidor al entender que es necesaria para que pueda adoptar una decisión con fundamento sobre la conveniencia o no de celebrar ese contrato de crédito, pues le permitirá comparar los créditos disponibles en el mercado y evaluar sus implicaciones.

Cabe destacar además cómo, en los supuestos de contratación a distancia, en caso de que los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados hubieran entregado la FEIN al consumidor antes de la celebración del contrato, se considerará ya que han cumplido los requisitos que en materia de información al consumidor se les exige por los artículos 3 y 5 de la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (art. 14.7 de la Directiva 2014/17/UE).

1. La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN)

La obligación de proporcionar esta información personalizada viene prevista como un mandato comunitario de previsión normativa por los distintos Estados miembros en el artículo 14 de la Directiva 2014/17/UE bajo la forma de la llamada Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN) previéndose como un único y uniforme modelo para toda la Unión Europea recogido en el Anexo II, parte A de esta Directiva (texto de dicho modelo que deberá reproducirse tal cual en toda FEIN, sin permitirse alteraciones en su contenido; cfr. art. 2.1. de la Directiva), señalándose en ese Anexo II en su parte B las instrucciones mínimas para ser cumplimentada (instrucciones que sí podrán ser objeto de desarrollo o mayor precisión por parte de los Estados miembros).

Los Estados miembros, por tanto, no podrán modificar el modelo de la FEIN excepto en lo que se refiere a ampliar o precisar más las instrucciones. Pero sí que podrán acordar exigir legalmente de prestamistas o intermediarios de crédito o de sus representantes designados aportar alguna información adicional al consumidor: esa información adicional prevista por el Derecho nacional figurará en un documento aparte, que podrá adjuntarse a la FEIN (art. 14.8 de la Directiva 2014/17/UE).

Entre los datos exigidos como contenido de la FEIN, conforme se señala en la parte A del Anexo II de la Directiva 2014/17/UE, cabe destacar: los datos de identificación del prestamista y, en su caso, intermediario de crédito, así como del supervisor; las características principales del préstamo a conceder (importe, moneda, duración, tipo de interés aplicable, importe total a reembolsar, tipo de garantía, valor del inmueble hipotéticamente gravado en garantía del préstamo a conceder utilizado para aportar esa información así como relación con el importe del préstamo a conceder en virtud de ese valor); tipo de interés y otros gastos (esencialmente todo lo relativo a la TAE —a cuyo cálculo se refiere el Anexo I de la Directiva 2014/17/UE— y gastos no incluidos en ella); periodicidad de reembolso y número de pagos, así como el importe de cada cuota; una tabla ilustrativa de reembolso; información sobre el reembolso anticipado y posibilidad

de transferir el préstamo, así como otros derechos del prestatario; información sobre las obligaciones a asumir por el prestatario y sus consecuencias, incluidas las derivadas de su incumplimiento; y datos relativos a las posibles reclamaciones que pudieran presentarse en relación con el contrato (lugar, forma y plazo para ello, así como persona u organismo receptor de la reclamación). Y, además, como parte introductoria de la FEIN se indicará el nombre del consumidor a quien va dirigida, la fecha de la ficha y el periodo de validez e inalterabilidad de la información suministrada[11], así como la advertencia de que no es una información que implique la obligación del prestamista de conceder el préstamo: por tanto, la FEIN no se configura en la Directiva como una oferta vinculante como tal.

A toda oferta vinculante para el prestamista presentada al consumidor (siempre en papel u otro soporte duradero) deberá acompañarse la FEIN si antes no le ha sido suministrada esta, o bien si la que se le suministró previamente difiere en su contenido de las características de la oferta vinculante. De hecho, se faculta a los Estados miembros para determinar que la entrega de la FEIN sea obligatoria con carácter previo a hacer una oferta vinculante para el prestamista: de ser así previsto, entonces solo será preciso prever como obligación que se entregue una nueva FEIN al consumidor, si las características de la oferta vinculante posterior difieren de la información contenida en esa FEIN entregada previamente (apartados 3 y 4 del artículo 14 de la Directiva 2014/17/UE). Por lo tanto, aunque la FEIN no se configura como una oferta vinculante, sí que el contenido de la oferta vinculante no debe diferir de la FEIN.

Nuestro legislador finalmente ha ido más allá y en el anteproyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario, en su artículo 5.1.a) se advierte que la FEIN tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad prestamista durante el plazo de siete días desde su entrega al prestatario o potencial prestatario.

La FEIN ya se contemplaba en normas comunitarias anteriores: concretamente en el Acuerdo Europeo que contiene un Código de Conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda en el que se incluye la FEIN; y en la Recomendación 2001/193/CE de la Comisión, de 1 de marzo de 2001, relativa a la información precontractual que debe suministrarse a los consumidores por los prestamistas de créditos vivienda, en la que se asumió el compromiso de supervisar el cumplimiento de dicho Código y en cuyo anexo II se acoge asimismo la FEIN. Pero, tal y como se pone de manifiesto en el considerando 40 de la Directiva 2014/17/UE, a partir de datos recabados por la Comisión a través de diversas encuestas a consumidores de todos los Estados miembros, se ha puesto de relieve la necesidad de mejorar esa FEIN, en cuanto a su contenido y presentación, revisando su estructura (particularmente el orden de los elementos de información) y simplificando su formulación, exigiéndose en todo caso la previsión de una tabla ilustrativa de amortización; todo ello siempre atendiendo a la finalidad de garantizar la claridad y comprensibilidad y que en la FEIN se contenga toda la información relevante para el consumidor.

Esta información personalizada se deberá facilitar en todos los contratos de crédito que se celebren a partir del 21 de marzo de 2016 (art. 43 de la Directiva 2014/17/UE), y se deberá proporcionar en un lenguaje sencillo y comprensible[12] a través de la FEIN por los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados, y lo harán en papel u otro soporte duradero con la suficiente antelación al momento de la vinculación del consumidor por contrato u oferta y sin demora injustificada una vez que el consumidor haya aportado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias

conforme señala el artículo 20 de la Directiva 2014/17/UE, constituyéndose así esta información comunicada por el consumidor (sobre ingresos, gastos y otras circunstancias financieras y económicas) como presupuesto para que se le aporte la FEIN y la información precontractual personalizada[13]. En España, conforme a lo previsto en el artículo 5 del anteproyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario, se exige la entrega de esa información personalizada instrumentalizada en la FEIN y en la FiAE (Ficha de Advertencias Estandarizadas) con una antelación mínima de siete días respecto de la firma del contrato.

Por último, cabe hacer referencia a la previsión de que durante un tiempo, concretamente hasta el 21 de marzo de 2019, los Estados miembros podrían seguir utilizando la ficha de información nacional que hayan estado utilizando con anterioridad al 20 de marzo de 2014 siempre que dicha ficha nacional cumpla con los requisitos de información previstos en esta Directiva para la FEIN en su Anexo II. Actualmente en España en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios se prevé una Ficha de Información Personalizada (FIPER) regulada en el artículo 22 y Anexo II de la referida Orden; el artículo 22 acoge previsiones muy similares a las del artículo 14 de la Directiva 2014/17/UE (en cuanto a la obligación de aportar esa información personalizada de forma gratuita, una vez que el cliente haya aportado información sobre sus necesidades, circunstancias y preferencias, con la debida antelación para permitirle valorar y comparar las ofertas y sus implicaciones, siempre de forma previa a la vinculación del consumidor); pero atendiendo al contenido de la concreta FIPER, comparándola con la FEIN, se observa que no se prevé en la FIPER información expresa de ciertos contenidos que sí se exigen en la FEIN (como la tabla ilustrativa de reembolso anticipado, más datos sobre TAE[14] y gastos, información sobre elementos de flexibilidad, reclamaciones, reembolso anticipado o incumplimientos). En la citada Orden, además, junto con la FIPER (y la «Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario» elaborada y publicada por el Banco de España, de acceso público y gratuito: artículo 20 Orden EHA/2899/2011), también se prevé en el artículo 21 y Anexo I de tal Orden la Ficha de Información Precontractual (FIPRE), que contiene alguna información más que la FIPER (sobre amortización anticipada, gastos, vinculaciones o cuestiones sobre tipos de interés); pero tampoco conjuntamente valoradas (en cuanto al contenido indicado en los modelos previstos en los anexos II y I respectivamente de la EHA/2899/2011) cabe entender que aportan toda la información indicada en la FEIN. En este sentido, entiendo que la FIPER (y también la FIPRE en su caso) prevista actualmente debiera ser modificada incorporando mayor información para ajustarse a las exigencias de la FEIN.

Lo que sí se prevé en esta Orden EHA/2899/2011 española es la previsión expresa de que como anexos a la FIPER como información adicional se recoja información concreta sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés (caso de los *swaps*; artículo 24 de la Orden) y sobre cláusulas suelo y techo (art. 25 de la Orden); información esta de gran relevancia en España por los últimos años en los que se comercializaron estos productos o cláusulas junto con préstamos hipotecarios y que han generado numerosos conflictos judiciales y jurisprudencia diversa, pero a las que concretamente no se hace referencia en la Directiva 2014/17/UE como información relevante en el marco de la FEIN en la parte A del Anexo II de la Directiva, que acoge el modelo de la FEIN. Aunque hay que atender a las instrucciones para cumplimentar esta ficha recogidas en la parte B del referido anexo para observar que sí hay ciertas previsiones sobre

estas cuestiones. Así, con respecto a los aspectos relativos a la sección 3.ª sobre «Características principales del préstamo», se advierte que se deberá explicar «si el tipo deudor es fijo o variable y, en su caso, los periodos durante los cuales será fijo, así como la periodicidad de las revisiones posteriores y la existencia de límites a la variabilidad del tipo de interés, ya sean máximos o mínimos», previéndose asimismo información sobre esos límites al alza o baja también en las instrucciones relacionadas con las secciones 4.ª («Tipo de interés y otros gastos») y 6.ª («Importe de cada cuota») de esa FEIN. En relación con los instrumentos de cobertura de riesgo de tipo de interés expresamente no hay alusión tan clara a ello en ese Anexo II, parte B de instrucciones, aunque en el marco de las instrucciones en relación con los aspectos sobre «tipo de interés» (sección 4.ª) y «otras obligaciones» (sección 8.ª) podría tratar de hacerse referencia en su caso a tales instrumentos. En todo caso, sobre estas cuestiones, de cara a la transposición de esa Directiva, entiendo justificado que nuestro legislador haga uso de la facultad conferida en el artículo 14.8 de la Directiva y así mantener la obligación de aportar esta información adicional incluyéndola como documento aparte adjunto a la FEIN[15]. De hecho, así lo ha asumido nuestro legislador en el artículo 5.1.b) del anteproyecto de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario, al prever la entrega, junto con la FEIN, con al menos siete días de antelación a la firma del contrato, de una Ficha de Advertencias Estandarizadas (FiAE) en la que se deberá informar, entre otras cuestiones, de la existencia de cláusulas de limitación a la baja de la variación del tipo de interés (cláusulas suelo)[16]. Además, en relación con los préstamos a tipo de interés variable en ese artículo 5.1, en su apartado c, también se prevé la entrega con ese mínimo de siete días de antelación de «un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés».

2. Periodo de reflexión y/o derecho de desistimiento

En relación con la información precontractual, la Directiva 2014/17/UE exige que los Estados miembros determinen un plazo (posterior a la entrega de esa información precontractual personalizada con la FEIN) que se considere suficiente para que el consumidor pueda comparar ofertas, evaluar lo que le supongan y con ello poder tomar una decisión fundada sobre la contratación; ese plazo será como mínimo de siete días[17] y podrá configurarse o bien como un periodo de reflexión previo a la celebración del contrato (manteniéndose la oferta hecha con carácter vinculante por ese periodo para el prestamista), o bien como un plazo para ejercitar un derecho de desistimiento tras la celebración del contrato, o incluso, prever ambas posibilidades. A este respecto, tal y como advierten PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, DÍAZ ALABART y ÁLVAREZ MORENO, atendiendo a la naturaleza hipotecaria del préstamo y a las exigencias de constitución de la garantía hipotecaria (escritura pública más inscripción registral) y los gastos que ello supone, la opción de configurarlo como plazo de desistimiento no sería tan oportuna; ahora bien, de optar por conceder en estos casos un derecho de desistimiento, debería o bien determinarse quién asumirá los costes notariales y registrales derivados de la inscripción hipotecaria y cancelación de esta o bien determinar en estos casos «la separación temporal entre la contratación del crédito y la constitución de la garantía hipotecaria, que solo se tramitaría una vez extinguido el plazo para el desistimiento»[18].

En el marco de esta previsión también se faculta a los Estados miembros a que establezcan un periodo (no superior a los diez días[19]) dentro del periodo de reflexión en el que los consumidores no puedan aceptar la oferta (es decir, que no pueden aceptar en cualquier momento dentro del periodo de reflexión, sino que deban esperar a que transcurra ese tiempo para que puedan aceptar de modo eficaz); con ello se trata de garantizar aún más la contratación responsable, consciente y oportunamente reflexionada, evitando contrataciones «en caliente» (art. 14.6 de la Directiva 2014/17/UE).

3. Copia del proyecto de contrato

Por último, cabe señalar también dentro del ámbito de la información a proporcionar como garantía de una contratación reflexionada y consciente, la exigencia de que, en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista, y al menos cuando no se prevea un derecho de desistimiento, se facilite al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito por parte del prestamista, intermediario de crédito o representante designado; y, de existir tal derecho de desistimiento, entonces que estos se ofrezcan a facilitarle tal copia del proyecto de contrato (art. 14.11 de la Directiva 2014/17/UE).

A esta copia del proyecto de contrato se alude también en el artículo 5, apartado 1.d), del ya citado anteproyecto de Ley español sobre contratos de crédito inmobiliario, exigiendo la entrega, con al menos siete días de antelación a la firma del contrato, de una copia del proyecto de contrato, cuyo contenido deberá ajustarse al contenido de la FEIN, de la FiAE y del documento sobre las cuotas periódicas en préstamos a interés variable atendiendo a posibles escenarios de evolución de tipo de interés; y además se advierte que esa copia incluirá «de forma desglosada, la totalidad de los gastos asociados a la firma del contrato, especificando los que corresponden al arancel notarial, a los derechos registrales, al impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados y a los costes de labores de gestoría».

4. Transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios en el anteproyecto español de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario

En el anteproyecto español de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario (que supone la transposición de la Directiva 2014/17/UE en España) se acogen en sus artículos 4 a 6 diversas previsiones para tratar de cumplir con unas exigencias de transparencia tanto formal como material que hoy en día, especialmente a raíz de diversas resoluciones del Tribunal Supremo y también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se están imponiendo de cara a una efectiva protección de los prestatarios, sobre todo si son consumidores.

Esa transparencia tiene un pilar clave en la información a proporcionar al consumidor antes de la definitiva vinculación de este por la firma del contrato.

En apartados anteriores de este trabajo ya he mencionado algunas de esas previsiones de estas normas del anteproyecto. Además de lo que se indica en relación a gastos y comisiones repercutibles al consumidor, destaca especialmente, por lo que a este trabajo se refiere, esa exigencia al prestamista (en este caso, se alude solo a este sujeto) de aportar, tanto al futuro prestatario como al Notario que se haya designado o previsto que eleve a público el contrato de préstamo,

diversa documentación con al menos siete días de antelación a la firma del contrato (art. 5.1 del anteproyecto):

— La FEIN.

— La FiAE.

— En caso de préstamos a interés variable, un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés.

— Una copia del proyecto de contrato.

— Y, además, otra cuestión a la que no había aludido antes en este trabajo: la advertencia al prestatario de que puede recibir asesoramiento personalizado y gratuito del Notario designado para la elevación a público del contrato de préstamo, en relación al contenido y las consecuencias de la información contenida en los documentos indicados anteriormente.

Y precisamente en relación con esta posibilidad de asesoramiento e intervención del Notario para constatar por medio de acta el efectivo cumplimiento de esas exigencias de transparencia material, el artículo 6 del anteproyecto señala:

— Durante el plazo de siete días a que se refiere el artículo 5.1 del anteproyecto el prestatario podrá comparecer ante el Notario por él elegido para obtener el asesoramiento oportuno sobre toda la documentación entregada por el prestamista. En relación a ese plazo resulta confusa esta previsión ya que el artículo 5.1 alude con carácter general a un plazo «mínimo» de siete días con antelación a la firma para entregar esa documentación por el prestamista; ¿esto quiere decir que aunque den la documentación, por ejemplo, con diez días de antelación, podrían acudir dentro de esos diez días ya al Notario, o tendrán que esperar a llegar a los siete días de antelación? Sería deseable que se uniformizara la previsión sobre los plazos[20].

— Si el prestatario acude al Notario en ese plazo de siete días este comprobará que toda la documentación entregada cumpla con los requisitos indicados en el artículo 5.1. Si fuera así hará constar en un acta notarial previa a la formalización del contrato los siguientes aspectos (art. 6.2 del anteproyecto):

«a) El cumplimiento de los plazos legalmente previstos de puesta a disposición del prestatario de los documentos descritos en el artículo 5.1.

b) La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 5.1, así como que comprende y acepta su contenido.

c) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el Notario. A este respecto deberán recogerse las pruebas realizadas por el prestatario de entendimiento de diversos ejemplos de aplicación práctica de las cláusulas financieras, en diversos escenarios de coyuntura económica, en especial de las relativas a tipos de interés y en su caso de los instrumentos de cobertura de riesgos financieros suscritos con ocasión del préstamo o crédito.

d) En todo caso, el Notario deberá informar expresamente, haciéndolo constar en el acta, que ha prestado asesoramiento relativo a las cláusulas específicas recogidas en la FEIN y en la FiAE, de manera individualizada y con referencia expresa a cada una, sin que sea suficiente una afirmación genérica».

— Si el prestatario no acude al Notario antes de la elevación a público del contrato, el Notario también comprobará si toda la documentación cumple con los requisitos del artículo 5 y entonces extenderá ese acta que se ha indicado

anteriormente el mismo día de elevación a público del contrato y con carácter previo a su autorización.

— El acta notarial levantada con ese contenido indicado y en los términos previstos en el artículo 6 determinará la presunción *iuris tantum* de que se ha cumplido con el principio de transparencia material.

— Si no quedara acreditado documentalmente el cumplimiento en tiempo y forma de las obligaciones previstas en el artículo 5.1, el Notario no podrá otorgar ese acta.

— El acta donde conste la entrega y asesoramiento imparcial al prestatario no generará coste arancelario para este y se incorporará a la escritura pública.

V. INFORMACIÓN POR INTERMEDIARIOS DE CRÉDITO Y EXPLICACIONES ADECUADAS

Como garantía de protección, con la suficiente antelación[21] y siempre con carácter previo a la contratación e incluso previo a la prestación de cualquier servicio de intermediación de crédito indicado en el artículo 4.5 de la Directiva 2014/17/UE, se exige en el artículo 15 de esta Directiva que se informe al consumidor oportunamente de todas las circunstancias relativas al intermediario o su representante designado en soporte papel u otro duradero: su identidad; vinculación con el prestamista (en caso de representante designado, identidad también del intermediario representado); posibles servicios de asesoramiento ofrecidos; vías de reclamación contra ellos; comisiones o incentivos a abonar por el prestamista por esa intermediación.

Asimismo se exige que los Estados miembros velen porque la eventual comisión que deba abonar el consumidor al intermediario por sus servicios se comunique oportunamente al prestamista para que lo tenga en cuenta para el cálculo de la TAE.

Por otro lado, la Directiva, además de atender a la información precontractual, también advierte de la necesidad de aportar explicaciones adecuadas sobre el contrato y los eventuales servicios accesorios que prestamista, intermediario de crédito o representante designado ofrezcan para que el consumidor pueda reflexionar sobre si tales contratos y servicios se ajustan a sus necesidades y situación financiera. Esas explicaciones incluirán la información precontractual a la que antes hemos aludido prevista en los artículos 14 y 15 de la Directiva 2014/17/UE (este último artículo, en relación a los intermediarios de crédito y representantes designados) y, asimismo, información relativa a las características principales de los productos ofrecidos, sus efectos en el consumidor (incluidos los derivados del incumplimiento) y, si se trata de un servicio accesorio combinado en un mismo pack con un contrato de crédito, información sobre la posible rescisión independiente y por separado de cada producto y las consecuencias de ello para el consumidor (art. 16 de la Directiva 2014/17/UE).

El hecho de que se califique como «adecuadas» tales explicaciones viene a incorporar una relevante alusión a la necesidad de atender a la propia persona destinataria de las mismas, introduciendo así un componente subjetivo en esta obligación de información.

En relación con esto el apartado 2 del artículo 16 de la referida Directiva dispone: «Los Estados miembros podrán adaptar el modo de prestación de la explicación mencionada en el apartado 1 y su alcance, así como la identidad de la parte que se hará cargo de ella, a las circunstancias de la situación en que

se ofrece el contrato de crédito, a la persona a quien se ofrece y a la naturaleza del crédito ofrecido»[22].

VI. CONCLUSIONES

I. La Directiva 2014/17/UE, en el marco de una finalidad de protección del consumidor en la contratación de créditos hipotecarios o con otro tipo de garantía sobre inmuebles de uso residencial o créditos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre inmuebles construidos o por construir, acoge diversas disposiciones que ponen su foco de atención en la relevancia de que el consumidor tenga pleno conocimiento de qué producto está contratando y de si es el que, a su juicio, mejor se ajusta a sus necesidades.

II. Con el fin de que se le procure al consumidor la información precisa para que pueda adoptar una decisión fundada en cuanto a la contratación efectiva o no de esos contratos de crédito se prevé en la Directiva una serie de obligaciones para los Estados miembros de incorporar a sus respectivos ordenamientos jurídicos disposiciones concretas para exigir que por prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados se facilite, con carácter previo a la celebración del contrato y vinculación del consumidor, y de forma clara, legible, entendible y no engañosa, en soporte papel o duradero, una serie de información que se estima adecuada, oportuna y necesaria para que el consumidor pueda comparar los productos ofertados y decidir con plena consciencia y fundamento si celebra el contrato y se vincula al prestamista a través del mismo o no lo hace.

III. Esas disposiciones giran en torno a información suministrada por los referidos sujetos en sus comunicaciones comerciales y publicitarias, información general y personalizada previa al contrato, y también explicaciones adecuadas al propio sujeto consumidor atendiendo a sus circunstancias y la naturaleza del producto ofrecido. En el marco de estas previsiones al Estado miembro se le dejan algunas opciones de actuación, facultándosele a prever en su respectivo ordenamiento, por ejemplo, la exigencia de informaciones adicionales o la configuración de un plazo de reflexión o desistimiento o ambos tras la entrega de la información personalizada. Pero la Directiva sí que exige la incorporación exacta del contenido de la FEIN según se recoge en ella, y concretamente en su Anexo II: una ficha normalizada con la que se pretende simplificar y uniformizar la información sobre estos contratos de crédito en el marco del mercado interior comunitario, facilitando su comprensión para los consumidores y las posibilidades de comparar los productos de modo claro y efectivo.

IV. Ahora bien, junto con esa información normalizada, lo cierto es que también se permite a los Estados miembros incorporar por documento aparte adjunto a la FEIN, cualquier otra información adicional que se estime oportuna para garantizar esa decisión consciente y fundada del consumidor; y es que siempre habrá aspectos relevantes a informar propios de la práctica crediticia de un Estado miembro (como el caso de *swaps* o cláusulas suelo en España); pero dependiendo de cuánta información adicional se incluya y cómo se exprese (siempre debería procurarse esa claridad en el lenguaje), puede existir en algunos casos una sobreinformación que al final dé al traste con el objetivo de claridad. Confiemos en que no sea así, pero el tiempo y la práctica lo dirá.

V. Como consecuencia de estas previsiones de esta Directiva comunitaria varias de las normas existentes en nuestro ordenamiento jurídico se verán afectadas de algún modo. Particularmente cabe mencionar: 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 Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, con las fichas FIPRE y FIPER; y 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, además de, por supuesto, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

VI. Actualmente, en el anteproyecto español de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, con la que se pretende la transposición de esta Directiva, se acogen varias disposiciones en relación con el cumplimiento de un principio de transparencia formal y material, vinculándolo con la entrega de diversa información y documentación con carácter previo a la formalización del contrato. Destaca la previsión de una FEIN como oferta vinculante para el prestamista durante siete días desde su entrega; la creación de la FiAE con información relevante obligatoria y adicional a la FEIN; la concreción de toda la documentación previa a aportar al prestatario; y las disposiciones en relación al control notarial del cumplimientos de esos requisitos y del principio de transparencia material. Veremos a ver cuánto se modifica este anteproyecto y cuál es el contenido final y definitivo sobre estas cuestiones a las que hemos aludido en este trabajo en la futura Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., (2015). La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, edit. Reus.

FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2015). La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE, en S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, edit. Reus.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017). *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, Tirant lo Blanch.

NOTAS

[1] Así se prevé en el anteproyecto español de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (con la que se pretende transponer esta Directiva), en su artículo 4.3: «Las obligaciones de información que establece esta ley a favor de los prestatarios no supondrán coste adicional alguno para los mismos».

[2] Conforme al artículo 3.1 de la Directiva 2014/17/UE «La presente Directiva se aplicará a: a) los contratos de crédito garantizados por una hipoteca o por otra garantía comparable comúnmente utilizada en un Estado miembro sobre bienes inmuebles de uso residencial, o garantizados por un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y b) los contratos de crédito cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre fincas o edificios construidos o por construir.». Y a continuación en su apartado 2, señala

supuestos excluidos expresamente del ámbito de aplicación de la Directiva; y en sus apartados 3, 4 y 5 supuestos respecto de los que los Estados miembros están facultados para decidir no aplicar la Directiva y reglas al respecto.

[3] A este respecto, cabe destacar cómo también en nuestra normativa actual, concretamente en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, se acoge una sistemática semejante a la hora de regular las exigencias de información al consumidor o cliente bancario en relación a préstamos y créditos hipotecarios: publicidad (art. 5; remitiéndose a lo previsto en la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios y en la Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios) e información precontractual (art. 6), que se materializa en dos fichas diferentes: la Ficha de Información Precontractual (FIPRE, regulada en el artículo 21 y Anexo I de esta Orden) y la Ficha de Información Personalizada (FIPER, regulada en el artículo 22 y Anexo II de esta Orden), que podrían en cierta medida equipararse respectivamente a las previsiones de las categorías de «información general» e «información precontractual» señaladas en los artículos 13 y 14 de la Directiva 2014/17/UE. En similares términos también en 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, se prevén normas concretas en relación a la información publicitaria y la información precontractual (incluido folleto informativo y con remisión a la Orden EHA/2899/2011) en sus artículos 12, 13, 14, 19 y 20.

[4] Las disposiciones sobre la información personalizada suministrada a través de la FEIN y sobre el cálculo de la Tasa Anual Equivalente (TAE) son precisamente los dos ámbitos previstos por la Directiva 2014/17/UE (art. 2) como de armonización máxima (con poco margen de actuación de los Estados miembros en la transposición de la Directiva en relación con estas cuestiones): son los dos aspectos principales y básicos en los que se centra la Directiva para lograr proporcionar al consumidor las circunstancias e información que realmente le permita comparar las ofertas de crédito que existen en el mercado y con ello poder decidir sobre la contratación propuesta con plena conciencia, libertad y voluntad. *Vid*. a este respecto, DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.ª T., (2015), La Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, edit. Reus, pp. 21 y ss., donde se hace una interesante enumeración y breve análisis de las diversas y numerosas opciones que se dan a los Estados miembros de cara a la transposición de las distintas disposiciones de esta Directiva (exceptuándose la materia relativa a la FEIN y a la TAE).

[5] Y es que tampoco debemos olvidar que el contenido de la publicidad también integra el contenido del posterior contrato (cfr. art. 61 Texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

[6] Esta Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, junto con la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que codifica las modificaciones de la Directiva 84/450/CE, fueron objeto de transposición e incorporación al Derecho español por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta Ley 29/2009 supuso la modificación relevante de varias leyes: la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que regula de manera unitaria esta materia; el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que lleva esta protección al ámbito de la ley anterior; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

[7] Cfr. FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2015), La información al consumidor previa a la celebración del contrato de crédito en la Directiva 2014/17/UE, en S. Díaz Alabart (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Madrid, edit. Reus, pp. 208 y 209.

[8] *Vid*. FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2015), La información…., *op. cit.*, p. 142.

[9] Por soporte duradero deberemos entender, conforme a la remisión hecha por el artículo 4.18 de la Directiva 2014/17/UE al artículo 3, letra m), de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo: «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar información que se le transmita personalmente de forma que en el futuro pueda recuperarla fácilmente durante un periodo de tiempo adaptado a los fines de dicha información y que permita la reproducción idéntica de la información almacenada».

[10] Resulta curioso cómo en otros artículos de esta Directiva en los que se hace referencia al soporte en el que proporcionar información (concretamente, en los artículos 14 y 15 de la Directiva) no se haga esa alusión al formato electrónico que sí menciona expresamente el artículo 13. Entiendo que será un lapsus material, pues no tiene sentido esa diferenciación. En todo caso, cabría considerar ese formato electrónico incluido en la definición de «soporte duradero», de modo que se amplíen a ese formato electrónico las previsiones formales de los artículos 14 y 15 aunque no lo prevean así expresamente.

[11] La vigencia temporal de la información facilitada con la FEIN viene justificada por la previsible variación que de la información facilitada puede imponer el propio mercado.

[12] Tal y como se señala en la parte A del Anexo II: «La información que a continuación se indica se facilitará en un solo documento. Se utilizarán caracteres tipográficos claramente legibles. Cuando se trate de elementos de información que deban resaltarse, se emplearán negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño. Se indicarán de forma destacada todas las advertencias de riesgo aplicables».

[13] Atendiendo a esto último, cabe tener en cuenta además que ese artículo 20 de la Directiva 2014/17/UE alude a su vez a la evaluación de solvencia del consumidor que se prevé obligatoria en el artículo 18 de la Directiva, señalando que tal evaluación de solvencia se llevará a cabo atendiendo a esa información suficiente y proporcionada suministrada por el consumidor. Sobre esto, FUENTESECA DEGENEFFE deduce que la evaluación previa de solvencia del consumidor opera como presupuesto de aplicación de la información precontractual prevista en el artículo 14 de esa norma comunitaria; pero tal consideración es algo excesiva pues debe advertirse que esa evaluación de solvencia no solo atenderá a la información suministrada por el consumidor sino también a lo que el prestamista o intermediario pueda conocer a través de otras fuentes (art. 20 de la Directiva) así que tan solo puede afirmarse en rigor que lo que sí se prevé como presupuesto de la obligación de suministro de la información personalizada al consumidor recogida en la FEIN es la aportación de información propia por el consumidor; nada más (cfr. FUENTESECA DEGENEFFE, C. (2015), La información…, *op. cit.*, p. 145).

[14] Precisamente en la TAE la Directiva 2014/17/UE hace especial hincapié como aspecto de suma relevancia para el consumidor que le permitirá hacer efectiva esa comparación entre ofertas en la que se pone el peso de la protección del consumidor en esta norma comunitaria (en España, hasta ahora al menos, el consumidor centra su atención más que en la TAE, en el diferencial y el índice de referencia, tipo Euribor); de ahí que dedique un capítulo especial (el quinto), aunque tenga solo un artículo (el art. 17) a tratar sobre ella, además de un anexo (el Anexo I) para concretar su cálculo.

[15] En este mismo sentido, *vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017), *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 79 a 84. En el marco de las opciones de transposición de la Directiva 2017/14/UE, este autor advierte además que esta Directiva «no afecta a las disposiciones nacionales sobre la forma de los contratos de préstamo (considerando noveno), razón por la que la actual exigencia del artículo 6 de la Ley 1/2003 de que el prestatario manifieste de manera manuscrita en el acto de otorgamiento de la escritura pública haber sido informado sobre los riesgos atinentes al contrato de préstamo hipotecario, en cuanto que requisito vinculado a la forma del contrato puede seguir manteniéndose tras la transposición de la citada Directiva» (p. 84).

[16] Concretamente ese apartado 1.b. del artículo 5 del referido anteproyecto español con respecto a la FiAE señala que en tal ficha «se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de las cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos, una referencia, en su caso, a las limitaciones a la baja a la variación del tipo de interés, a la posibilidad de que se produzca el vencimiento anticipado del préstamo como consecuencia del impago de cierto número de cuotas y los gastos derivados de ello, a la distribución de los gastos asociados a la concesión del préstamo y que se trata de un préstamo en moneda extranjera».

[17] Los Estados miembros tendrán, por tanto, facultad para concretar el plazo que estimen más oportuno. Un plazo de referencia puede ser el de los catorce días previstos por la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo en su artículo 14 para el derecho de desistimiento en esos contratos; siendo también los catorce días naturales los previstos con carácter mínimo para el ejercicio del derecho de desistimiento en el artículo 71 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

[18] DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2015), La Directiva 2014/17/UE…, *op. cit.*, p. 49; y, asimismo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017), La nulidad…, *op. cit.*, p. 77.

[19] A este respecto resulta curioso que se aluda a un plazo de diez días mientras que con anterioridad en ese mismo apartado se alude al plazo mínimo de siete días como periodo de reflexión; aunque realmente no existe ningún obstáculo para ello por su naturaleza de mínimo y máximo respectivamente, y el carácter facultativo previsto para los Estados miembros, no se entiende bien el porqué de esa diferencia temporal. Cfr. DÍAZ ALABART, S. y ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2015), La Directiva 2014/17/UE…, *op. cit.*, p. 26.

[20] Por otro lado, esa mera alusión al plazo de siete días indicado en el artículo 5.1 igualmente resulta confuso porque en cuanto a la FEIN se prevé también que será considerada oferta vinculante durante el plazo de siete días desde su entrega. Teniendo en cuenta que el artículo 6 se refiere a una intervención notarial para asesorar sobre toda la documentación recibida por el futuro prestatario, cabe entender que la alusión al plazo de siete días es a ese plazo mínimo de antelación al contrato que se prevé en ese artículo 5 para entrega de toda la documentación, y no a ese plazo sobre la FEIN.

[21] Se deja a la facultad de los Estados miembros la concreción en su caso de ese tiempo de antelación; como referencia en España puede tenerse en cuenta el plazo mínimo de quince días naturales previsto en el artículo 20.1 de la Ley 2/2009 para suministrar la «información previa al contrato». Lo cierto es que en el anteproyecto español de Ley reguladora de contratos de crédito inmobiliario en su artículo 27, regulador de los «requisitos de información de los intermediarios de crédito inmobiliario», se ha optado por mantener esa expresión general e incierta de entrega de esa información «con la suficiente antelación» a la prestación de su actividad; sería deseable la concreción de un plazo que diera mayor garantía y seguridad.

[22] A este respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ advierte de que, atendiendo a esta previsión del artículo 16.2 de la Directiva 2017/14/UE, «en contratos en los que se incluyan cláusulas suelo o instrumentos de cobertura a la variación de interés puede exigirse por el legislador español la prestación de explicaciones adicionales por escrito» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2017), La nulidad…, *op. cit.*, p. 84).

1.6. Responsabilidad civil

Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado

Reimbursement and responsibility of the payment of the a private residence: unilateral decision to enter her mother in private geriatric

por

M.ª FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora titular de Derecho Civil. UNED

RESUMEN: El Código Civil en sede cumplimiento prevé, en su artículo 1158, las circunstancias del caso del tercero que se decide a pagar por el sujeto pasivo. En dicho supuesto, cobra especial relevancia, no tanto la actitud del acreedor —que carece de posibilidades técnicas para impedir el pago y satisfacción de su derecho por parte de un tercero ajeno— como la adoptada por el deudor, habida cuenta de que, en función de su expresa oposición, su ignorancia o su aquiescencia a la intervención del tercero, dispondrá de distintas acciones y repertorio legales para oponerse eficazmente a las pretensiones resarcitorias de quien cumplió por él. De modo que la acción de reembolso solo procederá si el pago se realiza por cuenta de otro y en su nombre, sin que en ningún caso deba ser reintegrada la obligación de quien la asumió como propia, siendo por tanto de su exclusiva incumbencia la responsabilidad y cumplimiento de la deuda.

ABSTRACT: The Civil Code their article 1158, study the circumstances of the case of the third decides to pay for the passive debitor. In this supposition, have special relevance, the attitude adopted by the debtor. In function of their expressed opposition, their ignorance or their acquiescence to the intervention of the third, it will have different actions and legal repertoire to oppose you efficiently. So, the action will proceed if the payment is carried out for bill of other and on its behalf. In any case the obligation should be return of who assumed it as own, being therefore of its exclusive incumbency the responsibility and execution of the debt.

PALABRAS CLAVE: Acción de reembolso. Deuda propia.

KEY WORDS: Reimbursement. Responsibility of the payment.

SUMARIO: I. DEUDA PROPIA Y ASUNCIÓN DE DEUDA AJENA: LA PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REEMBOLSO.—II. STS DE 7 DE MARZO DE 2017: ACCIÓN DE REEMBOLSO DEL ARTÍCULO 1158 DEL CÓDIGO CIVIL, EJERCITADA POR UN HERMANO FRENTE A OTRO RECLAMANDO LOS GASTOS DE RESIDENCIA GERIATRICA DE LA MADRE.—III. EL CASO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y LA SUSTITUCIÓN DEL *DOMINUS* POR EL GESTOR: EL PRESUPUESTO DE LA ACTUACIÓN ESPONTÁNEA Y DESINTERESADA DEL GESTOR.—IV. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES: 1. Noción técnica y calificación jurídica como centro integrado en un servicio sanitario no exclusivo. 2. Las residencias como servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado: consecuencias técnicas y jurídicas de la calificación del residente como usuario. 3. El contrato de gestión de servicios públicos y sus modalidades: el sistema de residencias públicas, concertadas y privadas para la prestación del servicio residencial.—IV. CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO.—V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. DEUDA PROPIA Y ASUNCIÓN DE DEUDA AJENA: LA PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN DE REEMBOLSO

Como es sabido, el Código Civil en sede cumplimiento prevé, en su artículo 1158[1], las circunstancias del caso del tercero que se decide a pagar por el sujeto pasivo. Cobra en dicho supuesto especial relevancia, no tanto la actitud del acreedor —que carece de posibilidades técnicas para impedir el pago y satisfacción de su derecho por parte de un tercero ajeno— como la adoptada por el deudor, habida cuenta de que, en función de su expresa oposición, su ignorancia o su aquiescencia a la intervención del tercero, dispondrá de distintas acciones y repertorio legales para oponerse eficazmente a las pretensiones resarcitorias de quien cumplió por él.

Por tanto y como hecho distinto del convenio de asunción de deuda, cabe la posibilidad técnica de que un tercero ajeno cumpla la prestación de la que no es parte[2]. Nótese que quien cumple en el acuerdo expromisorio lo hace como deudor frente a quien interviene en virtud del artículo 1.158 que lo hace como tercero ajeno no ligado, por tanto, como elemento subjetivo de la relación afectada. De modo que si en la *expromissio* el *solvens* coincide con la identidad del sujeto pasivo, en el pago del tercero, este es un *solvens* no deudor.

De este modo y sustentándose en las concomitancias de ambos institutos, SÁNCHEZ ROMÁN afirmaba que «el fundamento de esta doctrina es análogo al de la que permite pagar á un tercero las obligaciones contraídas por otro, libertándole de la obligación, aunque lo ignore ó lo contradiga. Se diferencia una de otra doctrina en que el acreedor puede ser obligado á recibir el pago que de su crédito haga un tercero distinto del deudor, pero no puede serlo á aceptar la novación por expromisión, la cual solo se verifica mediante su voluntad»[3].

En idéntica línea argumentativa DÍEZ-PICAZO sostiene que «del mismo modo que un tercero puede hacer el pago *ex* artículo 1158, puede igualmente emitir una promesa frente al acreedor obligándose a hacerlo». Con el mismo fundamento, «si la intervención del tercero es absolutamente espontánea, una vez que resulte pagada por él la deuda o liberado el deudor primitivo, el expromitente tendrá derecho a dirigirse contra él, poniendo en juego, analógicamente, las consecuencias

previstas por el artículo 1158 (acción de enriquecimiento y acción *in rem verso*)»[4]; si bien se remite a la promesa de pago por otro[5]. Por otra parte, el argumento sí es aplicable en el sentido de GETE-ALONSO[6].

II. STS DE 7 DE MARZO DE 2017: ACCIÓN DE REEMBOLSO DEL ARTÍCULO 1158 DEL CÓDIGO CIVIL, EJERCITADA POR UN HERMANO FRENTE A OTRO RECLAMANDO LOS GASTOS DE RESIDENCIA GERIATRICA DE LA MADRE

Los hechos determinantes de la controversia, dimanan del conflicto entre las intenciones de dos hermanos y la decisión final adoptada de forma unilateral por uno de ellos de internar a su madre en una residencia privada.

En este sentido resulta esencial acreditar la actitud totalmente contraria del otro hermano a dicho ingreso residencial, dado que a su juicio era más conveniente que su madre conviviera alternativamente en los domicilios de cada uno de los dos hermanos.

Y de este modo la sucesión de circunstancias procesales relatadas por la Resolución de nuestro Alto Tribunal relatan, cómo D. Diego interpuso demanda de juicio ordinario, de fecha 19 de noviembre de 2012, contra su hermano D. Ángel Daniel, solicitando se le condenase a pagar la cantidad de 22.507,76 euros más intereses legales y costas. El objeto del proceso se circunscribía al ejercicio del contenido previsto por el artículo 1158 del Código Civil; y en su virtud, se le reclamaba «la mitad de las cantidades que el demandante pagó en concepto de gastos de residencia de su madre, antes de que se recibiera la subvención pública que cubrió la mayor parte de tales gastos, y antes de que se reclamasen por la madre alimentos a sus dos hijos mediante la pertinente demanda (que dio lugar a un proceso concluido por auto de homologación de acuerdo transaccional entre las partes). Los hechos que sustentan la demanda son los siguientes: (i) D.ª Apolonia, madre de los litigantes, falleció en fecha 16 de febrero de 2012, en estado de viuda. Sus únicos ingresos eran una pensión de jubilación de 553,44 euros en 14 pagas, y carecía de otros bienes o derechos, por haber hecho donación de los mismos a sus dos hijos el 12 de febrero de 1991. (ii) Desde marzo de 2009 hasta su fallecimiento en febrero de 2012, estuvo ingresada en la Residencia Igurco Servicios Socio-Sanitarios de Erandio, debido a su estado de salud y dependencia como consecuencia de un infarto cerebral. (iii) Los gastos ocasionados por la estancia entre el ingreso y el mes de noviembre de 2010 ascendían a unos 2.700 euros mensuales, cantidad ocasionalmente incrementada por gastos generados por cuidados especiales. El demandante solicitó de la Diputación Foral la subvención de los gastos, lo que dio lugar a que desde diciembre de 2010 el coste de la estancia se redujera, al comenzar a aplicarse la subvención solicitada. (iv) El demandado se negó a colaborar en el pago de los gastos generados por la estancia en la residencia, pese a los requerimientos del demandante en tal sentido. Manifestó su desacuerdo con la estancia de su madre en una residencia que no fuera pública, y preferir la atención domiciliaria por periodos sucesivos en casa de cada hermano. Lo que nunca puso en práctica. (v) D.ª Apolonia reclamó el pago de alimentos a sus dos hijos mediante juicio verbal que instó ante el juzgado de primera instancia núm. 3 de Getxo, proceso que concluyó en fecha 10 de mayo de 2011 mediante auto homologando la transacción a la que llegaron las partes. En esencia, se comprometían a sufragar por mitad el coste de la residencia en cuanto no fuera cubierto por la subvención de la Diputación, estableciendo en

200 euros al mes la aportación de cada hermano a una cuenta común. (vi) El demandado no ha colaborado en el pago de los gastos generados por la estancia de su madre en la residencia hasta el mes de noviembre de 2010. Tales gastos han sido sufragados íntegramente por el demandante, y ascienden a un total de 45.015,52 euros. (vii) Al pago de la mitad de dicho importe estaba obligado cada uno de los hermanos, por lo que el pago realizado por el demandante de 22.507,76 euros, es lo que se reclama en la demanda».

Sigue relatando la Resolución judicial que en la oposición a la demanda, se basaba:

a) no existía ninguna deuda de alimentos del demandado con su madre (porque solo se deben abonar desde que se interpone la demanda, y la demanda que se interpuso dio lugar a un juicio concluido por acuerdo transaccional); y
b) el demandante no cumplió con una obligación ajena, sino propia[7].

A la vista de la estimación íntegra de la demanda, el demandado formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Recurso extraordinario por infracción procesal que es desestimado frente al de casación que pasamos a renglón seguido a ventilar, toda vez que es, precisamente, estimado. Por tanto, procede casar la Sentencia recurrida, estimando el recurso de apelación, desestimando la demanda formulada y dejar sin efecto la Sentencia de primera instancia.

Dice así la STS en su Fundamento tercero: En el primer motivo [del recurso de casación] se alega la infracción de la doctrina de esta Sala sobre el artículo 148.1 del Código Civil (los alimentos solo deben abonarse desde la fecha en que se interponga la demanda) y se invoca como doctrina jurisprudencial que se considera infringida la contenida en las Sentencias de 27 de abril de 2013 y 8 de abril de 1995. Como jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se citan las Sentencias de Barcelona de 8 de enero de 2002 (respecto del inicio del devengo de los alimentos) y de Asturias de 26 de julio de 2004 (respecto del carácter de las obligaciones del familiar que contrata con la residencia y luego reclama a otro familiar). En el motivo segundo se denuncia la infracción de la doctrina de esta Sala sobre el artículo 1158 del Código Civil. Se argumenta que la acción de reembolso solo procede cuando el pago se realiza por cuenta de otro y en su nombre, a fin de obtener el reembolso de lo satisfecho. No existiendo deuda previa del demandado a favor de su madre, no puede exigírsele reembolso ninguno. Se invoca como doctrina jurisprudencial que se considera infringida la Sentencia de 16 de marzo de 1995 (hace también una referencia sin especial precisión a las Sentencias de 8 de mayo de 1992, 5 de marzo de 2001 y 4 de noviembre de 2003).

En síntesis ambos motivos de casación han de ser estimados, toda vez que «el artículo 1158 del Código Civil se refiere a las personas que voluntariamente pagan deudas ajenas, y el deudor a que se alude en el precepto es el real y verdadero, el obligado al pago, a quien el pago realizado por el tercero favorece —Sentencia de 16 de diciembre de 1985—. Se trata, en definitiva, de un tercero que interviene en la obligación pagándola, o lo que es lo mismo, realizando el cumplimiento que incumbía y pesaba sobre el deudor que era el únicamente obligado y al único al que el acreedor podía exigir tal cumplimiento (Sentencias de 8 de mayo de 1992, 5 de marzo de 2001 y 7 de marzo de 2015). La Sentencia recurrida no aplica correctamente el precepto. La acción de repetición, dice, «nace de un auxilio económico prestado por uno solo de los hermanos que a ambos incumbe», es decir, el pago no fue hecho directamente por cuenta ajena, sino por cuenta de quien lo hacía y

de una forma voluntaria en beneficio de su madre, como es el que resulta de una obligación alimenticia por los gastos de alojamiento, manutención y asistencia en una residencia. Y sin perjuicio de las consideraciones que pudieran hacerse de orden moral respecto a la posición del demandado, su hermano, ahora recurrente, lo cierto es que este no debía a su madre unos alimentos que su hermano hubiera pagado por él. La deuda contraída era propia, como es la de prestar alimentos a su madre, en la forma que mejor le convenía, en este caso mediante el ingreso de su madre en una residencia. Faltan por tanto los presupuestos necesarios para el éxito de la acción, como es el pago de una deuda ajena. No había tal deuda del demandante con su madre por los gastos de la residencia a la que la llevó por iniciativa propia. La deuda era propia del demandante que la asumió de forma voluntaria, sin comprometer a su hermano, pues tampoco se trata de una deuda solidaria que hubiera permitido fundar la pretensión en el artículo 1145, II del Código Civil, dado que se trata de una deuda que no responde a criterios de igualdad o solidaridad, sino al caudal y medios de quien los da en relación con las necesidades de quien los recibe, según el artículo 146 del Código Civil».

Por tanto, «es evidente que ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible, como se dijo en la Sentencia 547/2016, de 30 de septiembre, en aplicación del artículo 148 del Código Civil, según el cual en ningún caso se abonarán los alimentos sino desde la fecha de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir. Esta regla se refiere únicamente a la petición de los alimentos, puesto que, como afirma la Sentencia 328/1995, de 8 abril, una cosa es que se haya reconocido la relación jurídica de la que derivan los alimentos y otra que estos se soliciten en tiempo y forma con fijación de la pensión, los plazos de abono de los mismos y la forma de hacerlos efectivos. La vieja Sentencia de 18 de abril de 1913, que confirma la línea jurisprudencial de las Sentencias de 30 de junio de 1885 y 26 de octubre de 1897, citadas en la de 24 de abril de 2015, vino a establecer que los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». Se trata, como recuerda la Sentencia 573/2016, de 29 de septiembre, de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista, que el alimentante ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la Sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual, si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista, en este caso la madre, carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del Código Civil, con mayor motivo no la tendrá su hijo-demandante a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos. La única reclamación judicial de alimentos por la madre se produjo en enero de 2011 y en el juicio correspondiente se alcanzó una transacción, después homologada judicialmente, mediante la cual ambos hermanos adquirieron el compromiso de alimentar a su madre, como así hicieron. Es tras la muerte de su madre cuando se reclaman los alimentos debidos anteriormente, lo que no es posible. Puede haber, sin duda, una obligación natural a cargo de quien hasta el momento de la transacción judicial no colaboró al sostenimiento alimenticio de su madre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase en la forma que ha sido interesada».

III. EL CASO DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS AJENOS Y LA SUSTITUCIÓN DEL *DOMINUS* POR EL GESTOR: EL PRESUPUESTO DE LA ACTUACIÓN ESPONTÁNEA Y DESINTERESADA DEL GESTOR

Por su parte, la gestión de negocios ajenos se concibe por el Código Civil como una de entre las fuentes de las obligaciones, si bien tan cuestionable como esta dudosa clasificación puede resultar la pretensión de encontrar similitudes con la expromisión[8].

En todo caso y por lo que a las concomitancias de la figura con un acuerdo expromisorio vagamente podría confundirse con una gestión de negocios[9], fundándose en la errónea identidad entre el pago del deudor expromisor y el pago verificado por el gestor o tercero, al ejecutar la deuda ajena. En definitiva, en la expromisión quien ejecuta la deuda lo hace como auténtico deudor, a diferencia del pago del tercero o incluso en los casos de gestión de negocios ajenos, lo haga de forma directa o indirecta, quien llega a cumplir lo hace en nombre o en interés de otro.

De otra parte, requisito básico para reconocer la acción que corresponda al gestor o *actio contraria* es, además de la utilidad de la gestión, la actuación sin ánimo de liberalidad[10]. Es decir, el gestor que se ha inmiscuido en los asuntos de otro sin intervención de mandato alguno entre ambos, si lo ha hecho con el propósito de solicitar la indemnización correspondiente, ostentará la acción contraria. En este punto, por tanto cabe que el gestor haya intervenido con o sin *animus donandi*. Este es el extremo en que podrían coincidir y diferenciarse: en principio existirá gestión de negocios ajenos, cuando un tercero sin mediar contrato ni encargo de ningún tipo, ni obligación de actuar, espontáneamente y con la intención de actuar por el otro[11] interviene en sus asuntos[12].

Específicamente la *Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954* ventila el caso de la gestión de negocios y perfila la nota característica de la espontaneidad así como la calificación de los actos que realice el gestor. En el caso de autos, la demanda fue interpuesta por el tutor y hermano de una persona incapacitada, contra otro de los hermanos para que este último como gestor voluntario de los bienes, intereses y derechos del incapacitado, rinda cuentas de su administración y que en su caso abone el saldo resultante indemnizado también los daños y perjuicios por su culpa irrogado en el haber patrimonial del incapacitado. Estimada la demanda y recurrida en apelación, también se desestima la casación interpuesta contra la Sentencia de la Audiencia que confirma la de primera instancia ya que «son en nuestro derecho las características del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, que los actos que se realicen con esa finalidad respecto a bienes que estén de hecho abandonados, lo sean espontáneamente y sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, obrando, por tanto, sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición, con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, y no siendo admisible tampoco, como ha declarado nuestra jurisprudencia, que se haga por codicia de ganancia. Y dados los hechos que se tienen por ciertos en la Sentencia discutida, que revelan cumplidamente que el demandado no se limitó a cuidar a su hermano incapaz teniéndole unas veces en manicomios y otras en su propia casa, sino que al mismo tiempo administraba sus bienes, y esto no de un modo esporádico como se sostiene en el recurso, sino con la continuidad que toda administración lleva consigo, no puede dudarse que al calificar la misma de gestión de negocios ajenos se le ha dado el nombre que

legalmente le corresponde conforme a lo establecido en el artículo 1888 del Código Civil, y siendo consecuencia obligada de la finalidad de este cuasi contrato, que al realizarse los hechos que le dan vida contraiga el gestor obligaciones con el dueño de los bienes, entre ellas las mencionadas en el citado artículo del Código Civil y en el que le sigue de que, una vez iniciada la administración, no puede dejarla abandonada».

En la expromisión, el deudor expromitente actúa con la finalidad de relevar —o, en su caso, en la adspromisión acumulativa para añadirse al antiguo deudor—, con la certeza de que no promete para el antiguo deudor, sino que promete por sí y con la intención de sustituirle en la relación sobre la que opera. En la gestión de negocios, el gestor promete, llegado el caso pero lo hace para el *dominus* e interviniendo en su nombre y con la finalidad de que las consecuencias negociales afecten al principal y no a sí mismo como gestor. Por tanto, el artículo 1894 se excluye del régimen ordinario de la subrogación cuando el pago de las deudas tenga su origen en un derecho de alimentos que no será un pago de tercero.

Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1992, sostiene que «el tercero que paga por otro, en su nombre y por su cuenta se constituye en gestor oficioso de los negocios de este deudor y opera en forma extintiva de las obligaciones, pero a tal actividad no se le puede dar carácter permanencial, pudiendo cesar en la misma y máxime ante el riesgo de presentársele dificultades para obtener del *solvens* los reembolsos de las cantidades satisfechas»[13].

IV. RESIDENCIAS DE PERSONAS MAYORES Y GERIÁTRICOS: CUESTIONES FUNDAMENTALES

1. Noción técnica y calificación jurídica como centro integrado en un servicio sanitario no exclusivo

En principio, este recurso está previsto para subvenir las situaciones en que no es conveniente o posible seguir residiendo en el domicilio familiar, porque no existe, porque aun existiendo no reúne las más elementales condiciones de habitabilidad o, incluso, ante la imposibilidad de ejecutar las adaptaciones arquitectónicas necesarias o, a la vista del aislamiento del núcleo rural donde está fijado el hogar[14].

Si la doctrina especializada define a una residencia contemporánea como «Centro gerontológico abierto de desarrollo personal y atención socio-sanitaria multiprofesional en el que viven temporal o permanentemente personas mayores con algún grado de dependencia»[15], la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, concreta las garantías mínimas de seguridad y calidad para la apertura en este caso de un «Servicio Sanitario» integrado en una organización no sanitaria[16].

En este sentido, tanto el sistema cuanto las bases para la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios, están previstos con carácter general por el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre. De modo que aquellos *centros públicos o privados* subsumibles en el epígrafe de residencias, *están catalogados como servicios sanitarios integrados en una organización que no presenta en exclusiva esta naturaleza*[17].

2. Las residencias como servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado: consecuencias técnicas y jurídicas de la calificación del residente como usuario

Esta calificación de las Residencias como Centros Sanitarios tiene como consecuencia que tanto el Tribunal Supremo como la jurisprudencia menor, aplican las prescripciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias[18]. En definitiva, el interno tiene la consideración jurídica de usuario, sea en régimen de prestación pública, concertada o privada y goza, en su virtud, de los derechos y de la tutela de aquella norma.

Por su parte, el Real Decreto 1277/2003[19], concreta las previsiones de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, muy especialmente sus garantías de seguridad por cuanto su artículo 27.3 declaraba que «mediante Real Decreto se determinarán, con carácter básico, las garantías mínimas de seguridad y calidad que, acordadas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, deberán ser exigidas para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.- Dichos requisitos irán dirigidos a garantizar que el centro, establecimiento o servicio sanitario cuenta con los medios necesarios para desarrollar las actividades a las que va destinado.- Los requisitos mínimos podrán ser complementados por las Comunidades Autónomas para todos los centros, establecimientos y servicios sanitarios de su ámbito territorial».

A mayor abundamiento y como garantía de información, advierte el párrafo segundo del artículo 26 de la mencionada Ley 16/2003 que «el Registro general de Centros, establecimientos y servicios sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, de carácter público, permitirá a los usuarios conocer los centros, establecimientos y servicios, de cualquier titularidad, autorizados por las Comunidades Autónomas»[20].

Por tanto también resultará de aplicación la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, en su caso, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, ha de tenerse presente que el Residente resulta ser técnicamente un usuario, de modo que por extensión habrá de ser enjuiciada la probable posibilidad de atraer la aplicación del capítulo III sobre protección de la salud y seguridad así como el Libro Tercero sobre Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos de dicha norma a los supuestos de responsabilidad médica y sanitaria[21].

Adicionalmente a lo ya dicho sobre el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de forma idéntica recoge como hacía la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 2.2, que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos, servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Específicamente advierte el artículo 9 del Texto Refundido sobre Bienes y servicios de uso común, declara que: «Los poderes públicos protegerán prioritariamente los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado»[22].

Este Catálogo, fue actualizado de conformidad a lo prevenido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, su Disposición final séptima declaraba que «en el plazo de un año se procederá a la actualización del catálogo de bienes y servicios de uso común, ordinario y generalizado, incluidos en el Anexo I del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, que actualiza los catálogos de productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, incorporando a él los servicios de la sociedad de la información», mediante la orden SCD/453/2008, de 14 de febrero que modificó el anexo I, añadiendo el punto 17 sobre los servicios de la sociedad de la información. Conviene destacar su Anexo I, que recoge los Productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a efectos del artículo 2.2 y 20.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios si el tercero se refiere a los Servicios sanitarios: «Médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios», el inmediatamente posterior contempla los «Servicios de residencia y atención a personas mayores o con minusvalía».

3. El contrato de gestión de servicios públicos y sus modalidades: el sistema de residencias públicas, concertadas y privadas para la prestación del servicio residencial

Con todo, y al margen del ámbito territorial, ha de reiterarse que este servicio sociosanitario residencial, se presta desde un triple régimen sea público, en su totalidad, o mediante alguna de las modalidades de contratación para la gestión de servicios públicos; también puede estar suministrado por entidades privadas, esté presente o no la finalidad lucrativa de la actividad. No empece a este régimen la fuerte intervención (en materia de autorizaciones e inspección) a la que está sometida este sector[23].

El régimen y sistema aplicables[24] al contrato de gestión de servicios públicos en cualquiera de sus cuatro modalidades de contratación (concesión, gestión interesada, concierto con persona natural o jurídica y sociedad de economía mixta)[25]. Especialmente, si tenemos en cuenta que la Administración sigue siendo titular del servicio, si bien su explotación y realización está encomendada al beneficiario del contrato público que resulte[26].

De lo dicho se sigue que la relación suscrita, en su caso, entre usuarios y prestador del servicio público se escapa de los términos estrictos del Derecho privado al estar en buena parte predeterminada, entre otros tantos elementos, por el Reglamento de Régimen interior que debe aceptar sin negociación singular, así como por las condiciones de acceso al servicio.

En este sentido y recurriendo a la doctrina administrativista, la relación en el supuesto de estudio resulta afectada tanto por una técnica formal pública[27] (reconocimiento del derecho a recibir este servicio) como por las notas privatistas que caracterizan ciertas prestaciones de entre las suministradas por el Centro.

De modo que los centros residenciales deberán someterse al régimen correspondiente de autorización previa donde se apreciará el cumplimiento de los requisitos reglamentariamente previstos por las disposiciones de desarrollo de las correspondientes leyes de servicios sociales de cada Comunidad Autónoma[28]. Dichos presupuestos están referidos, en términos generales a las condiciones de habitabilidad y accesibilidad, a los servicios y prestaciones que se suministrarán en el centro; además deberá someterse al proceso de acreditación resultando[29] un «plus de calidad» sobre las condiciones mínimas[30].

IV. CONTRATO RESIDENCIAL O DE HOSPEDAJE COMO NEGOCIO ATÍPICO

Adicionalmente a la concurrencia de la preceptiva aquiescencia por parte del interesado para su ingreso —o la autorización judicial en los supuestos de avoluntariedad o expresa oposición— otras cuestiones relevantes sobre el régimen aplicable al denominado contrato residencial o de hospedaje, suscrito en principio entre el usuario o su representante legal y el titular del Centro[31], se hacen acreedoras de algunas notas en las siguientes líneas.

En este sentido, la particularidad del servicio residencial suministrado en régimen público, es que se sustrae de las relaciones obligatorias, en tanto en cuanto se trata de un servicio gestionado de forma directa o indirecta por las Administraciones[32]. Con todo, ciertos elementos críticos, como la participación del usuario en el servicio mediante el denominado «copago» o la asunción del precio público correspondiente, empañan su visión como técnica prestacional y su aproximación a la del contrato, cuando menos, por lo que se refiere al acto de constitución[33].

Desde la perspectiva jurídico-privada, lo cierto es que el negocio de fondo será un contrato complejo a la vista de la multiplicidad de prestaciones ya que, en definitiva y al margen de la naturaleza de la entidad prestadora, se suministra alojamiento, alimentación, atención médica y sanitaria, actividades recreativas y culturales y el derecho a usar las instalaciones y servicios comunes, entre otros posibles[34].

Pese a que excede las pretensiones de este trabajo, su importancia y trascendencia reclaman un inmediato estudio singular y unas breves líneas que tracen los puntos más elementales en la materia, teniendo en cuenta que alguna de las obligaciones de dar presentes, bien puede ser entendida como prestación de medios (específicamente las sanitarias) frente a otras que se caracterizarán como de resultado (limpieza e higiene de las habitaciones, etc.).

Por lo que a la responsabilidad dimanante atañe, al margen de lo anterior y en el ámbito estrictamente privado, concurre la responsabilidad contractual por el incumplimiento del negocio complejo suscrito, así como la extracontractual por los daños sufridos u ocasionados por quienes no sean parte del pacto[35].

Ilustra los extremos recién destacados, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 4 de marzo de 2002, que declara «en cuanto a la responsabilidad por la falta de la diligencia debida y del incumplimiento de lo pactado debemos diferenciar entre las debidas por parte del personal gerente, por parte del personal sanitario, y el personal de la residencia también demandado. Aún cuando el escrito de demanda no diferencia el tipo de responsabilidad de cada uno de ellos, en este extremo sí que existe confusión, como dice el juzgador no puede derivarse la misma para todos. Responsabilidad contractual solo existe respecto de la Residencia RASC como parte contratante, mientras que todos los trabajadores que han intervenido de una forma u otra y que han sido demandados derivan una responsabilidad extracontractual puesto que no son parte en el contrato, habiendo sido demandados como consecuencia de la prestación de unos servicios»[36].

Distinto, por tanto, será el régimen aplicable a la Responsabilidad patrimonial que pueda concursar caso de prestación suministrada por una entidad pública, por cuanto se ventilará con el ordenamiento administrativo y, en su caso, en la vía judicial contencioso-administrativa[37], sin determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la relación obligatoria de fondo. Pese a lo anterior, si el evento dañoso ha ocurrido en el seno de una entidad contratista y titular de alguna de las modalidades de gestión del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos

del Sector Público [38], habremos de detenernos en la responsabilidad objetiva del contratista. En este sentido, resultará preceptivo el análisis de las distintas y contradictorias líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la competencia y sujeto que habrá de asumir el deber indemnizatorio.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. El Código contempla tanto los fenómenos de naturaleza extintiva, como el pago del tercero, modificativos típicos y atípicos y otros mecanismos indirectos. En cuanto al primer supuesto, existe la posibilidad jurídica de que un tercero ajeno cumpla la prestación de la que no es parte. Son supuestos distintos ya que quien cumple en el acuerdo expromisorio lo hace como deudor —el *solvens* coincide con la identidad del sujeto pasivo— frente al artículo 1158 que quien lo hace como tercero no ligado por la relación en que interviene —es un *solvens* no deudor—, empero, mantienen un sustrato común referido a la justificación técnica de la intervención del tercero. En este sentido, se ha utilizado el argumento *ad minorem* al interpretar la ejecución de la prestación por un tercero extraño a la relación obligatoria.

II. A esta cuestión se añade la falta de simetría entre el efecto liberatorio y extintivo y satisfactivo, ausente en el pago del tercero, que se reproduce en la *expromissio*. Es decir, esta vía de sustitución pasiva, está desprovista de la nota liberatoria del pago y de la función extintiva, toda vez que ni el deudor primitivo ha cumplido, ni por su sustitución se ve exonerado del pago posterior. De hecho, las acciones que ostenta el nuevo sujeto pasivo, una vez que haya efectuado el pago son, por analogía, las que corresponden al tercero que paga por otro.

III. La gestión de negocios ajenos presenta como requisito básico para reconocer la acción que corresponda al gestor o *actio contraria* es, además de la utilidad de la gestión, la actuación sin ánimo de liberalidad. Es decir, el gestor que se ha inmiscuido en los asuntos de otro sin mandato caso de que lo haya hecho con el propósito de solicitar la indemnización correspondiente, ostentará la acción contraria. En este punto, por tanto cabe que el gestor haya intervenido con o sin *animus donandi*. Este es el extremo en que podrían coincidir y diferenciarse: en principio existirá gestión de negocios ajenos, cuando un tercero sin mediar contrato ni encargo de ningún tipo, ni obligación de actuar, espontáneamente y con la intención de actuar por el otro interviene en sus asuntos.

IV. Por último el sistema jurídico aplicable a la atención de personas mayores o en situación de dependencia en residencias dependerá, como es lógico y al margen del sujeto pasivo que se haga cargo del pago de los gastos derivados de la estancia, del ordenamiento jurídico que rija al establecimiento según sea privado, concertado o público.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada en las notas:

ALBIEZ DOHRMANN, El pago por tercero, *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, 13 a 92.

ALONSO PÉREZ, MARTÍNEZ GALLEGO y REGUERO CELADA (Coords.), *Protección jurídica de los mayores* Madrid, 2004,

AZURZA, Notas sobre novación, *RDP*, XXXIV, 400-401.
BALLETBÓ I PUIG y VILLAGRASA ALCAIDE, *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores,* Barcelona, 2003.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Comentario a los artículos 1156 a 1159, *Comentario del Código Civil, II,* Madrid, 1993, 2.ª ed., 162 a 175.
BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN, Comentario a los artículos 1156 a 1159 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Madrid, 1991, 2.ª ed., 1 a 58.
CALVO SAN JOSÉ, La protección jurídica de la tercera edad: análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes, *Aranzadi,* 12, 2005.
CAMPUZANO TOMÉ, La intervención del tercero en una deuda ajena, *AC*, 45, 1989, 3501 a 3523.
CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación,* Madrid, 1996.
DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. Residencias públicas y privadas de la tercera edad,* Madrid, 1990.
DÍEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del Derecho europeo de contratos,* Madrid, 2002.
ESPÍN CÁNOVAS, Sobre el pago con subrogación, *RDP,* XXVI, 303, 1942, 300 a 327.
FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1.212 del Código Civil español*, Granada, 1999.
HERAS HERNÁNDEZ, La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados, *AC*, 20, 2006.
GARCÍA CANTERO, Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas, *Revista proyecto social: Revista de relaciones laborales,* 7, 1999, 45 a 58.
GARCÍA VALVERDE y MALDONADO MOLINA, La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución europea, *RMTAS,* 57, 455 a 469.
HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983.
LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, II, I* (edición revisada por RIVERO HERNÁNDEZ), Madrid, 2003
LASARTE ÁLVAREZ (Dir.), *La protección de las personas mayores,* Madrid, 2007.
— *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Madrid, 2017, 8.ª ed.
LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia,* editorial Colex, Madrid, 2010.
LÓPEZ PELÁEZ, Responsabilidad civil y las residencias de personas mayores: especial referencia a los efectos personales introducidos en el establecimiento, *RCDI*, 716, 2009, 2911 a 2947.
NÚÑEZ MUÑIZ, Los pisos tutelados como alternativa de alojamiento a los establecimientos residenciales de personas mayores: cuestiones sobre su régimen y naturaleza jurídica, *RCDI*, 721, 2010, 2175 a 2220.
OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación,* Madrid, 1997
— Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor, *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, 1245 a 1269.
— Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar, *ADC*, LII, I, 1999, 145 a 207.
RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (Coord.), *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, Madrid, 2007.
RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa, *RDP*, LXXII, 114 a 139.

SALAS CARCELLER, La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007, *RJ* 1, 2008.
SERRA CALLEJO, Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero, *La Ley*, 236, 1991, 1082 a 1107.
TOMILLO URBINA y ÁLVAREZ RUBIO (Dirs.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*), Madrid, 2011.
VATTIER FUENZALIDA, Notas sobre la subrogación personal, *RDP*, 1985, 491 a 514.
VILLAR ROJAS, La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales, *Revista de Administración Pública,* 172, 2007, 141 a 188.
WINDSCHEID, Die singularsuccession in Obligationem, *Kritische uberschau,* I, 1853, 32 y 45.
XIOL RÍOS, La responsabilidad patrimonial de la Administración y el derecho de autodeterminación del paciente, *Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madrid, 2008.
YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, 2009.
ZURITA MARTÍN (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*, Barcelona, 2008.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

Tribunal Supremo

- STS de 7 de marzo de 2017
- STS de 25 de junio de 1992
- STS de 2 de febrero de 1954
- STS (Sala de lo Contencioso), de 26 de septiembre de 2008

Audiencias Provinciales

- SAP de Álava, de 4 de marzo de 2002
- SAP de Valencia de 7 de marzo de 2000

NOTAS

[1] «Artículo 1158.- Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.- El que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad.- En este caso, solo podrá repetir del deudor, aquello en que le hubiera sido útil el pago» (*vid.,* BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Comentario a los artículos 1156 a 1159, *Comentario del Código Civil, II,* Madrid, 1993, 2.ª ed., 162 a 175).

[2] Sobre la materia, *vid*., ESPÍN CÁNOVAS, Sobre el pago con subrogación, *RDP,* XXVI, 303, 1942, 300 a 327; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las* obligaciones, Madrid, 1956; HERNÁNDEZ MORENO, *El pago del tercero*, Barcelona, 1983; VATTIER FUENZALIDA, Notas sobre la subrogación personal, *RDP*, 1985, 491 a 514; CRIS-

TÓBAL MONTES, *El pago o cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1986; CAMPUZANO TOMÉ, La intervención del tercero en una deuda ajena, *AC*, 45, 1989, 3501 a 3523; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO y VALLADARES RASCÓN, Comentario a los artículos 1156 a 1159 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Madrid, 1991, 2.ª ed., 1 a 58; SERRA CALLEJO, Consideraciones sobre los efectos del pago del tercero, *La Ley*, 236, 1991, 1082 a 1107; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, Comentario a los artículos 1156 a 1159, en *Comentario del Código Civil, II,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, 2.ª ed., pp. 162 a 175; CAÑIZARES LASO, *El pago con subrogación,* Madrid, 1996; ALBIEZ DOHRMANN, El pago por tercero, *Extinción de obligaciones*, Madrid, 1996, 13 a 92; OLMO GARCÍA, *Pago del tercero y subrogación,* Madrid, 1997; OLMO GARCÍA, Notas sobre la subrogación por voluntad del deudor, *RCDI*, LXXIV, 647, 1998, 1245 a 1269; OLMO GARCÍA, Los límites al pago del tercero y la legitimación para consignar, *ADC*, LII, I, 1999, 145 a 207; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Las causas de extinción del artículo 1156 del Código Civil y su aplicación a las obligaciones con prestación facultativa, *RDP*, LXXII, 114 a 139; ARNAU RAVENTÓS, Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil, *Libro homenaje a Jesús LÓPEZ MEDEL, I,* Madrid, 1999, pp. 689 a 732; FERNÁNDEZ VILLA, *El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código Civil español*, Granada, 1999; ARNAU RAVENTÓS, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil,* Barcelona, 2000; BAYO RECUERO, *El pago del tercero. Subrogación*, Madrid, 2000.

[3] *Estudios de Derecho Civil. IV. Derechos de Obligaciones. Derecho de la Contratación,* Madrid, 1899, 2.ª ed., 425.

[4] Fundamentos del Derecho civil patrimonial, *cit., II,* 865.

[5] *Vid.,* ALBALADEJO GARCÍA, Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, *cit.*, 341.

[6] *Vid.,* Reconocimiento, *cit.,* 33, nt. 52.

[7] La Sentencia del juzgado estimó íntegramente la demanda y condenó al demandado a pagar al actor la cantidad de 22.507,76 euros, más costas y el interés del artículo 576 LEC. Recurrida en apelación, el recurso fue desestimado. La Sentencia de la Audiencia confirma el fallo de primera instancia y considera que el actor ejercita una acción de repetición de aquellos gastos de auxilio económico realizados en exclusiva como consecuencia del ingreso de la madre en una institución geriátrica. Había, señala, una obligación común de hacer frente a estos gastos, que el demandado no llegó a pagar, y que «nace de un auxilio económico prestado por uno solo de los hermanos que a ambos incumbe».

[8] *Vid*., GARCÍA VALDECASAS, La gestión de negocios ajenos (Aportación a una teoría general), *RDP*, 1957, 619 a 626; PASQUAU LIAÑO, *La gestión de negocios ajenos (Estudio crítico de sus caracteres y de su función práctica en el ordenamiento jurídico español)*, Madrid, 1986; BASOZÁBAL ARRÚE, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno,* Madrid, 1998; SÁNCHEZ JORDÁN, *La gestión de negocios ajenos,* Madrid, 2000; «Enriquecimiento injusto, cobro de lo indebido y gestión de negocios ajenos», en Cámara Lapuente (coord.), *Derecho Privado europeo*, Madrid, 2003, 571 a 607.

[9] *Vid.,* FERNÁNDEZ VILLA, El pago con subrogación: revisión del artículo 1212 del Código Civil español, *cit.*, 219.

[10] Sobre los presupuestos de la *actio contraria, vid.,* SÁNCHEZ JORDÁN, Enriquecimiento injusto, cobro de lo indebido y gestión de negocios ajenos, en Cámara Lapuente (coord.), Derecho Privado europeo, *cit.*, 579 y La gestión de negocios ajenos, *cit.,* 223 a 240.

[11] *Vid.,* MESSINEO, Manuale di Diritto civile e commerciale, *5, cit.,* 505 a 507.

[12] La ratificación por el *dominus* de los negocios del gestor, puede ser tratado como un cambio de causa; provoca que el cuasi contrato se convierta en un mandato. Por lo cual será el régimen de este contrato de colaboración el aplicable (*vid.,* LASARTE ÁLVAREZ, Principios, *2, cit.,* 311).

[13] Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 7 de marzo de 2000, en un asunto en que no habiéndose depositado el cuarenta por ciento del importe total de un viaje, el demandado no tiene que reintegrar los gastos satisfechos por la Agencia de Viajes, por lo que esta no había asumido ni obligación ni derecho alguno, no siendo de aplicación la Ley de Viajes combinados. Estima que «la relación jurídica ha consistido en una gestión de negocios ajenos sin mandatos que, conforme al artículo 1893 del Código

Civil *sensu contrario*, como no se aprovechó de las ventajas de la gestión, el reconveniente no será responsable de las obligaciones contraídas en su interés».

[14] Téngase en cuenta el programa de la ONU sobre el envejecimiento en casa (*vid*., OMS, Envejecimiento activo: un marco político, *Revista Esp Geriatr Gerontol*, 37, 2002); en cuanto a la literatura jurídica especializada, *vid.,* Alonso Pérez, Martínez Gallego y Reguero Celada (Coords.), *Protección jurídica de los mayores* Madrid, 2004; CALVO SAN JOSÉ, La protección jurídica de la tercera edad: análisis de las instituciones tutelares como sistemas de guarda del anciano y de sus bienes, *Aranzadi,* 12, 2005; HERAS HERNÁNDEZ, La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados, *AC*, 20, 2006; GARCÍA VALVERDE y MALDONADO MOLINA, La protección de la tercera edad. Su tratamiento en la Constitución europea, *RMTAS,* 57, 455 a 469; también BALLETBÓ I PUIG y VILLAGRASA ALCAIDE, *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores,* Barcelona, 2003. Lasarte Álvarez (Dir.), *La protección de las personas mayores,* Madrid, 2007; de la autora de estas líneas, La intervención judicial en los internamientos psiquiátricos: cuestiones sobre su aplicabilidad a los ingresos no voluntarios en residencias de mayores, *Cuestiones actuales de la Jurisdicción en España, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 2010; Dos nuevos pronunciamientos del TC sobre el internamiento forzoso en establecimiento de salud mental como medida privativa de libertad: cuestiones sobre ingresos no voluntarios en centros geriátricos, *Revista de Derecho UNED, RDUNED. Revista de Derecho*, 7, 2010, 461 a 488; La inacabada reforma psiquiátrica española: cuestiones sobre los internamientos psiquiátricos no voluntarios y la ausencia de control judicial en los ingresos en geriátricos, *Comunitania. Revista internacional de Trabajo social y Ciencias sociales,* 1, 2011, 69 a 87.

[15] RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Conceptualización de los alojamientos para personas mayores, en Rodríguez Rodríguez (Coord.), *Residencias y otros alojamientos para personas mayores*, Madrid, 2007, 47 a 76; también *vid.,* Lasarte Álvarez y Moretón Sanz (Dirs.), *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia,* editorial Colex, Madrid, 2010.

[16] Artículo 2 del Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

[17] En particular, el Anexo II «Definiciones de centros, unidades asistenciales y establecimientos sanitarios», en el epígrafe de Centros sanitarios, incluye en el apartado C.3. los «servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria: servicios que realizan actividades sanitarias pero que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad)».

[18] Singularmente, el artículo 8 sobre los derechos básicos, y el 59, 60 y 61 por lo que a contratación atañe. Por su parte, PLAZA PENADÉS, sistematiza con rigor los cambios en materia de responsabilidad médica y sanitaria, en La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica, *Actualidad jurídica Aranzadi,* 562, 2002. En materia de consumo, *vid*., LASARTE ÁLVAREZ, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios,* Madrid, 2007, 3.ª ed.

[19] Real Decreto 69/2015, de 6 de febrero, por el que se regula el Registro de Actividad de Atención Sanitaria Especializada.

[20] Así lo determinaba la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en sus artículos 29 (autorización administrativa de centros y establecimientos sanitarios) y 40 (competencia de desarrollo de la Administración del Estado).

[21] *Vid*., SALAS CARCELLER, La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007, *RJ* 1, 2008, que destaca como hace dicha Resolución que «en suma, según dicha postura jurisprudencial, el paciente, en cuanto consumidor, tiene derecho a que exista una adecuada organización de los servicios médicos para que la prestación de los mismos se realice de forma adecuada (medios a disposición de los facultativos, especialidades, guardias etc.); sin embargo, todo lo que afecte a la propia actuación del médico en el ámbito de la *lex artis* queda fuera de toda idea de relación como consumidor y la responsabilidad resultante, con sus características distintas ajenas a cualquier clase de responsabilidad objetiva, será exigible al médico y a los titulares res-

ponsables de los centros sanitarios según lo dispuesto en el Código Civil y no conforme a la normativa de defensa de los consumidores».

[22] *Vid.*, de la autora de estas líneas, Servicios turísticos y residenciales como servicios de uso común y de protección pública prioritaria en el ordenamiento jurídico español: turismo accesible, programas de termalismo y promoción de la autonomía personal, *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico (actas del II Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*), Tomillo Urbina y Álvarez Rubio (Dirs.), Madrid, 2011.

[23] =El ejercicio de esta actividad inspectora y sancionadora suele evidenciar las carencias de muchos Centros o como en el caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 26 de septiembre de 2008, dictada en un recurso extraordinario de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sergio frente a la Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, se acredita que ni siquiera tenía licencia. Declara la Resolución lo siguiente: «es patente que el recurso deberá ser desestimado, habida cuenta que, por mucho que con posterioridad se otorgara licencia por la Agencia Valenciana de Turismo, es lo cierto que, en la fecha a la que se constriñe, tanto la inspección, como la Resolución sancionadora y la posterior Resolución del recurso de alzada, el demandante, como el mismo reconoce, carecía de licencia, siendo la actividad la misma que venía desarrollándose y que determinó el cierre de la residencia de ancianos, o lo que es lo mismo, el actor (titular de la actividad) pretende enmascarar bajo la apariencia de un hostal, una residencia de la Tercera Edad, lo que es constitutivo de la infracción grave tipificada en el artículo 82.4 de la Ley 5/1997, de 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, conllevando al mismo tiempo, el cierre definitivo del Centro, en virtud de lo dispuesto en el artículo 84.c) 3 de la misma Ley, toda vez que, de conformidad con lo establecido en el apartado d) del citado artículo, se trata de una sanción de carácter accesorio a las de naturaleza pecuniaria».

[24] Puede ilustrar el contenido de estas fórmulas contractuales, *vid*., la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 8 de julio de 2008, sobre la impugnación de «resolución del Secretario General Técnico de la Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de fecha 3 de agosto de 2001, se adjudicó a la mercantil actora, hoy recurrente en casación, el contrato cuyo objeto es la redacción del proyecto básico y de ejecución, la ejecución de las obras y del equipamiento y la gestión integral de un Centro Residencial para Personas Mayores, en régimen de concesión de servicios públicos, en Cuenca, por un importe de 42,85 euros (7.130 Ptas.) por plaza de residente y día para el ejercicio económico del 2003». Destaca a nuestros efectos el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en particular: «El contrato tendrá la siguiente vigencia: a) fase de ejecución del proyecto: 3 meses desde la fecha de formalización; b) fase de ejecución de las obras y equipamiento del Centro: 17 meses a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo; c) un mes como plazo máximo para la puesta en servicio del Centro, desde la firma del acta de finalización de las obras y equipamiento; y d) fase de gestión del servicio público: 40 años, a contar desde el acta de puesta en funcionamiento del Centro. Las plazas de este se cubrirán por los usuarios designados por la Administración, que dispondrá de un mes, a contar desde la firma del acta de puesta en funcionamiento, como plazo máximo para que se produzca la total ocupación de aquellas. Y, en fin, el precio de contratación será abonado al adjudicatario por mensualidades vencidas, previa presentación de facturas cuyo importe estará constituido por el presupuesto de adjudicación, al que habrá que descontar las cantidades satisfechas directamente al Centro Residencial por los usuarios».

[25] Sobre el contrato de gestión de servicios públicos, 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, en su Sección 1.ª Disposiciones generales, contiene ciertos preceptos esenciales para esta materia, en particular: Artículo 275. Ámbito del contrato.1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. 2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el

orden funcional, como en el territorial. Artículo 276. Régimen jurídico. Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la presente Ley, excluidos los artículos 212, apartados 2 a 7, ambos inclusive, 213, 220 y 222, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella. Artículo 277. Modalidades de la contratación. La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Artículo 278. Duración. El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes periodos: a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que este sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años. b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios. c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

[26] Sobre la evanescente noción de servicio público más allá del estricto conjunto de actividades de naturaleza prestacional, *vid*., SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General II*, Madrid, 2004, 292 y sigs. En cuanto a la calificación de los contratos base y el servicio público residencial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no duda en atribuir carácter administrativo en función de su finalidad: «Así, la Sentencia de 24 de julio de 1989 considera que la compraventa de un local por un Ayuntamiento con destino a dependencias municipales tiene carácter administrativo, dado el destino del bien adquirido. También la Sentencia de 30 de octubre de 1990 califica de contrato administrativo la adquisición de un edificio por una Diputación Provincial para instalar una residencia de la tercera edad, pues, al tratarse de la prestación de un servicio público de la competencia de la Administración, la naturaleza administrativa del contrato es indudable (…). Por tanto, si son administrativos los contratos de compraventa a través de los cuales la Administración adquiere inmuebles a particulares para destinarlos a un fin público, resulta patente que el contrato de compraventa controvertido merecía la calificación de contrato administrativo» (STS de 17 de enero de 2006, Sala de lo Contencioso).

[27] *Ibídem*, 334 y sigs.

[28] En la materia, la pluralidad normativa resulta especialmente intensa: el marco jurídico lo determina el artículo 148.1.20, por cuanto concreta que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social. Por su parte y en cuanto a las Entidades locales, baste referirnos al mencionado artículo 25.2 sobre sus competencias en materia de «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social (Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen local). Téngase en cuenta, a su vez, el mencionado Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, de Bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios ya que en su artículo tercero se establecen las bases generales de autorización determinándose que «las Comunidades Autónomas regularán los procedimientos para la autorización de la instalación, el funcionamiento, la modificación o el cierre de los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en su ámbito territorial».

[29] En lo que a la acreditación se refiere, *vid*., ANAUT BRAVO y OSLÉ GUERENDIÁIN, *La financiación de las residencias. Modelos autonómicos de financiación de las residencias para las personas mayores,* Pamplona, 2006, 84 y 85; en cuanto a la calidad de los servicios, 89 y sigs.

[30] Así lo hizo constar el Defensor del Pueblo andaluz en su informe de 1995.

[31] En la materia, *vid*., GARCIA CANTERO, Responsabilidad civil en la gestión de residencias geriátricas, *Revista proyecto social: Revista de relaciones laborales,* 7, 1999, 45 a 58. En cuanto a las partes en el contrato, téngase en cuenta el régimen público y privado, en particular, por ejemplo, el contemplado en la Orden de 1 de agosto de 2001 (BOR de 14) y la Orden 12/2001, de 4 de septiembre de 2001 (BOR de 8), modificada a su vez por la Orden 16/2001, de 30 de noviembre, ambas la Consejería de Salud y Servicios Sociales de La Rioja, y el singular sistema de reconocimiento de deuda ya mencionado en MORETÓN SANZ, *La expromisión: el artículo 1.205 del Código Civil español*, ya que frente al reconocimiento basado en la voluntad de las partes, se impone el reconocimiento preceptivo, sobre quien se pretenda beneficiar del ingreso en un centro residencial (en este sentido, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 9 de diciembre de 2005, señalada en dicha tesis).

[32] *Vid.*, OBSERVATORIO DE PERSONAS MAYORES, *Servicios sociales para personas mayores en España de enero de 2007;* RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia, *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, 87, 2006. Últimamente, *vid*., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales,* 181 a 223; ZURITA MARTÍN, El internamiento de personas mayores en centros geriátricos o residenciales, también en la obra Zurita Martín (Coord.), *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales,* Barcelona, 2008, 19 a 65. En cuanto a los órganos tutelares y la delimitación de la responsabilidad cuando el tutelado no conviva bajo el techo del tutor, *vid*., YAÑEZ VIVERO, *Culpa civil y daño extracontractual originado por persona incapaz. Un análisis en el marco del Derecho europeo de daños*, Pamplona, 2009.

[33] *Vid.*, sobre el régimen jurídico de la prestación de servicios, SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo general, cit.,* 334 y 335.

[34] En la Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía, se concreta el ambicioso objeto de la prestación de los Centros residenciales para personas mayores, definidos como «aquellos Centros de carácter social que ofrecen alojamiento, convivencia y atención integral. Tienen una función sustitutoria del hogar familiar, ya sea de forma temporal o permanente para personas mayores en situación de dependencia». Puede contrastarse con la prestación de alimentos prometida, con LÓPEZ PELÁEZ, La cesión de un inmueble a cambio de asistencia: el contrato de alimentos, *La protección de las personas mayores,* Lasarte Álvarez (Dir.), Madrid, 2007, 306 y sigs. Sobre los resultados de una investigación sobre residencias del sector público *vid*., DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informes, estudios y documentos. Residencias públicas y privadas de la tercera edad,* Madrid, 1990, 19 y sigs.

[35] Por su parte, YÁÑEZ VIVERO, en su sólido estudio sobre «La responsabilidad derivada de los daños causados por las personas mayores incapaces», estima que «las residencias geriátricas o psiquiátricas, y los centros o familias donde habite o permanezca acogido el anciano no han de responder necesariamente cuando el anciano esté sometido a la tutela de otro sujeto» (*La protección de las personas mayores,* Lasarte Álvarez (Dir.), Madrid, 2007, 281. Adicionalmente, plantea el problema de la indemnidad patrimonial del tutor y la dificultad que entraña la presunción de culpa o negligencia por parte del titular del cargo tutelar, ante la evidencia de los daños causados por el tutelado. En este sentido, téngase presente que el artículo 1903 «configura una responsabilidad directa y no subsidiaria, toda vez que cabe esgrimir únicamente la acción derivada del mismo frente a los sujetos que menciona, ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas, que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos (entre otras, SSTS de 16 de abril de 1973, 15 de febrero de 1975 y 26 de junio de 1984). No obstante las personas por las cuales responden, si igualmente son demandadas con apoyo en el artículo 1902 del Código Civil, pueden ser condenadas juntamente con ellos a reparar el daño, en cuya coyuntura la responsabilidad será solidaria» (GARCÍA VARELA, La responsabilidad por hecho ajeno, *Diario La Ley*, 6.874, 2008). En defecto de dicha condena solidaria, a mi juicio, los obstáculos procesales impedirán amparar la pretensión del

tutor y reclamar al sometido a tutela el importe de la indemnización o que esta se abone a cargo del patrimonio del tutelado.

[36] Acerca de lo contractual y extracontractual en la actividad sanitaria y la determinación casuística de las prestaciones sanitarias en el marco de una relación obligatoria y fuera de ella, *vid*., ASÚA GONZÁLEZ, Responsabilidad sanitaria, en DÍAZ ALABART y ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza,* Madrid, 2000, 278.

[37] En el caso de las residencias públicas, el sistema de responsabilidad será el prevenido por el ordenamiento administrativo, muy especialmente, el recogido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (*vid*., estos aspectos en la obra *La responsabilidad civil en el ámbito de los centros docentes,* LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, Madrid, 2007, 87 y sigs.), así como en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo común de las Administraciones Públicas, que entró en vigor el 2 de octubre de 2016.

[38] Sobre el régimen de concesión para la explotación de residencias, *vid*., VILLAR ROJAS, La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales, *Revista de Administración Pública,* 172, 2007, 141 a 188.

1.7. Concursal civil

El control de las cláusulas abusivas en el procedimiento concursal*

Policing unfair terms in insolvency proceedings

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El TJUE, en sentencia de 21 de abril de 2016, Sala Tercera, ha precisado que el consumidor concursado debe poder impugnar en el procedimiento concursal la validez de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con un acreedor profesional, con independencia de que los créditos nacidos de dichos contratos vayan acompañados o no de garantía. Igualmente ha señalado que el órgano judicial debe poder apreciar de oficio las cláusulas abusivas de las que se derivan los créditos comunicados al procedimiento, en el momento en que disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Siendo el concurso de acreedores un supuesto de ejecución universal, parece indispensable la aplicación supletoria de los artículos 556 a 559 LEC, como motivos a alegar por el deudor en el incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores. También, por lo tanto, la existencia de cláusulas abusivas (art. 557.1.7.ª LEC), incluso cuando el crédito ha sido objeto de reconocimiento forzoso. En cuanto al control de oficio, que no puede verificar la administración concursal, sino que corresponde al juzgador según la STJUE, Sala Quinta, de 16 de febrero de 2017, aunque no exista trámite específico para ello en el procedimiento, debería producirse, con arreglo a los principios generales del derecho inducibles de los artículos 552.1.II y 815.4 LEC y del artículo 129.1.f) de la LH, en el momento en que la administración concursal presenta su informe al Juez, por ser entonces cuando el órgano judicial dispone de los datos de hecho y de derecho necesarios para ello.

ABSTRACT: In its judgment of 21 April 2016, the ECJ (Third Chamber) held that insolvent consumers ought to be able to contest the validity of any unfair terms contained in contracts executed with professional creditors during the insolvency proceedings, irrespective of whether or not the credit rights deriving from the said contracts are secured. Likewise it held that the judicial body should have powers to identify ex officio.

The unfair terms from which the loans under investigation in the proceedings derive, as soon as it is in possession of the necessary factual and legal elements.

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

Given that bankruptcy is a situation where enforcement can extend to all of the debtor's assets, the supplementary application of artículos 556 to 559 of the Civil Procedure Act would appear to be essential, as grounds to be alleged by the debtor in the stage of the proceedings for challenging the list of creditors. The same would apply to the existence of unfair terms (art. 557.1.7.ª of the Civil Procedure Act), even when the inclusion of the loan is considered compulsory. With regard to identification ex officio of unfair terms, which cannot be verified by the receivers but is rather the responsibility of the judge according to the Judgment of the ECJ, Fifth Chamber, of 16 February 2017, although there is no specific procedure for this purpose in the proceedings, this should occur — pursuant to the general legal principles that may be deduced from artículos 552.1.II and 815.4 of the Civil Procedure Act and artículo 129.1.f) of the Mortgage Law — at the time at which the receivers file their report with the judge, as this is when the judicial body is in possession of the necessary factual and legal elements.

PALABRAS CLAVE: Concurso de acreedores. Cláusulas abusivas. Impugnación por el deudor. Control de oficio.

KEY WORDS: Insolvency proceedings. Unfair terms. Challenge by the debtor. Verification ex officio.

SUMARIO: I. LA STJUE DE 21 DE ABRIL DE 2016, RELATIVA A LA LEY CONCURSAL DE LA REPÚBLICA CHECA.—II. EL DERECHO ESPAÑOL. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS: 1. Comunicación de créditos. 2. Reconocimiento de créditos y elaboración de la lista de acreedores. —III. PUBLICIDAD E IMPUGNACIÓN DEL INFORME Y DE LA DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA: 1. Publicidad. 2. Impugnación de la lista de acreedores. 3. Propuesta de interpretación para el control de cláusulas abusivas a instancia del deudor.—IV. LA PROBLEMÁTICA DEL CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL.—V. CONCLUSIONES. —VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA STJUE DE 21 DE ABRIL DE 2016, RELATIVA A LA LEY CONCURSAL DE LA REPÚBLICA CHECA

El 21 de abril de 2016, el TJUE (Sala Tercera) pronunció sentencia en el asunto C-377/14, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por un Tribunal Regional de Praga. La petición se presentó en el marco de un litigio entre los esposos Radlinger y Finway, en relación con unos derechos de crédito comunicados en un procedimiento concursal y derivados de un contrato de crédito al consumo. El procedimiento concursal se hallaba regulado en el ordenamiento jurídico checo en dicha fecha por la Ley núm. 182/2006, sobre concurso de acreedores, modificada por Ley núm. 185/2013. Con arreglo a esta ley el deudor es considerado insolvente cuando no puede cumplir sus obligaciones financieras durante más de 30 días desde la fecha de vencimiento del pago. El deudor que no tiene la condición de profesional puede solicitar que su situación se resuelva mediante un convenio de acreedores. En virtud del artículo 410 de la citada LC,

antes de dictar una resolución sobre la propuesta de convenio, el Juez no puede examinar *ni de oficio, ni a petición del deudor, la validez, el importe o el orden de prelación de los créditos, ni tan siquiera cuando suscitasen dudas en relación con la Directiva 93/13 o 2008/48. El deudor, por su parte, solo puede interponer una demanda incidental para impugnar los créditos comunicados si el Juez concursal aprueba el convenio, pero dicha demanda solo puede referirse a créditos ejecutivos y no garantizados, y únicamente puede impugnarse la existencia o el importe del crédito invocando la extinción del crédito o su prescripción*.

El 29 de agosto de 2011, los esposos Radlinger celebraron un contrato de crédito al consumo con Smart Hypo s.r.o., en virtud del cual, esta les concedió un préstamo por importe de 1.170.000 coronas checas (unos 43.000 euros). Como contraprestación, los esposos Radlinger se comprometieron a devolver un importe de unos 109.500 euros en 120 mensualidades, importe que comprendía principal, intereses a un 10% anual durante toda la duración del crédito, la remuneración del acreedor (unos 21.600 euros) y otros gastos por importe de unos 1.200 euros, ascendiendo la TAE del crédito al consumo controvertido al 28,9%. Igualmente, los esposos Radlinger deberían abonar al acreedor los intereses de demora fijados en la ley, una penalización del 0,2 del principal por cada día o fracción de día de retraso, una pena de unos 4.300 euros en caso de que la demora fuese superior a un mes y unos 1.850 euros en concepto de indemnización por los gastos de cobro del importe adeudado. Finalmente, el acreedor se reservaba el derecho de vencimiento anticipado en caso de impago o demora en el pago de cualquiera de las 120 mensualidades pactadas o en caso de que los esposos Radlinger hubieran ocultado dolosamente información dando lugar a un consentimiento viciado

Lo cierto es que ninguna cantidad fue abonada efectivamente a los esposos Radlinger, pues el crédito se utilizó para liquidar deudas anteriores, abonar los gastos notariales y para pagar al prestamista los gastos del referido crédito, la primera mensualidad y una parte de las mensualidades siguientes.

El 27 de septiembre de 2011, Finway, a quien Smart Hypo s.r.o. había cedido el crédito contra los esposos Radlinger, informó a estos del vencimiento anticipado de la deuda, que por aquel entonces ascendía a unos 106.300 euros, basándose en que al celebrar el contrato, los esposos Radlinger habían ocultado la existencia de un embargo sobre sus bienes por importe de unos 160 euros.

El 19 de noviembre de 2012, Finway instó mediante requerimiento extrajudicial al abono de la totalidad de la deuda, cuyo importe estimaba entonces en unos 140.500 euros, precisando que esa deuda había vencido anticipadamente porque los interesados no habían procedido dentro de plazo al reembolso del crédito.

El 5 de febrero de 2013, los esposos Radlinger solicitaron ante el Tribunal regional de Pilsen que se les declarase en concurso de acreedores y se aprobara un convenio en forma de plan de pagos, puesto que no podían cumplir sus obligaciones financieras y habían acumulado un retraso en los pagos de más de tres meses. Esta solicitud se remitió al Tribunal regional de Praga, que era el competente para su conocimiento. Por auto de 26 de abril de 2013, el Tribunal declaró el concurso de acreedores de los esposos, designó un administrador concursal e instó a los acreedores a comunicar sus créditos en un plazo de 30 días.

El 23 de mayo de 2013, Finway comunicó dos créditos ejecutivos, el primero por importe de unos 112.700 euros, garantizado mediante hipoteca, y el segundo por importe de unos 50.300 euros, desprovisto de garantía y correspondiente a la penalización de un 0,2% sobre el capital prestado por cada día de retraso, para el periodo comprendido entre el 23 de septiembre de 2011 y el 25 de abril de 2013.

El 3 de julio de 2013, los concursados reconocieron el carácter ejecutivo de los créditos pero impugnaron su importe, alegando que las cláusulas del contrato controvertido eran incompatibles con las buenas costumbres. El 23 de julio de 2013, el órgano jurisdiccional aprobó la propuesta de convenio de los esposos Radlinger en forma de plan de pagos de carácter solidario. El 24 de julio de 2013, los esposos Radlinger interpusieron una demanda incidental ante el referido órgano judicial solicitando la declaración de ilegalidad total o parcial de los créditos comunicados por Finway.

Fue esta demanda la que determinó que el órgano jurisdiccional checo plantease la cuestión prejudicial al TJUE pues se daba el caso de que, en virtud de la LC checa, el deudor únicamente podía impugnar *los créditos no garantizados y basándose exclusivamente en la prescripción o extinción de la deuda, en el caso de tratarse de créditos ejecutivos reconocidos por una Resolución de la autoridad competente (pero no así, en la abusividad de las cláusulas del contrato del que emanaba el crédito). Y puesto que el contrato controvertido, del que se derivaban los créditos comunicados, era simultáneamente un crédito al consumo en el sentido de la Directiva 2008/48, y un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, en el sentido de la Directiva 93/13, el órgano jurisdiccional remitente se preguntaba si las obligaciones que resultan de las disposiciones de esta última, se imponen igualmente al juez concursal que conoce de la impugnación de unos derechos de crédito derivados de un contrato de crédito.*

Así el Tribunal checo inquiere al TJUE sobre si el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 se opondría al espíritu y disposiciones de la Ley concursal checa, que al mismo tiempo que no permite que el Juez concursal examine el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el referido procedimiento, solo permite al órgano jurisdiccional evaluar *la autenticidad, el importe o el orden de prelación de los créditos* derivados de relaciones con consumidores exclusivamente sobre la base de una demanda incidental interpuesta *por el administrador concursal, un acreedor o (con las limitaciones antes expuestas) el deudor consumidor.*

El TJUE considera que el artículo 7.1 de la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a velar por que, en interés de los consumidores, existan medios adecuados y eficaces para el cese del uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, entendiendo que entre esos medios «deben figurar disposiciones idóneas para garantizar a los consumidores la tutela judicial efectiva, ofreciéndoles la posibilidad de *impugnar ante los tribunales la validez del contrato de que se trate, incluso en el marco de un procedimiento concursal, y ello con unos requisitos procesales razonables, de manera que no existan requisitos —especialmente de plazo o relacionados con los gastos— que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que les confiere la Directiva 93/13*».

Por otro lado, señala el Tribunal que dada la autonomía procesal de los Estados, corresponde a estos designar los tribunales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que la Directiva 93/13 concede a los justiciables. *Dicha regulación procesal no debe ser menos favorable que la de los recursos similares de Derecho interno (principio de equivalencia) y no ha de hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la citada Directiva (principio de efectividad).* El análisis de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación de tal Directiva (en general del Derecho de la UE) debe hacerse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha

disposición en el conjunto del procedimiento ante las diversas instancias nacionales, así como el desarrollo y las peculiaridades de este. «*No obstante, las características específicas de los procedimientos no pueden constituir un factor que afecte a la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13*».

En relación con la cuestión planteada «según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el Juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional tan pronto como disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello» ya que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, del Juez nacional que conoce de tales litigios.

«Por consiguiente, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento concursal, no permite que el Juez concursal examine de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el referido procedimiento, aunque este juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello».

Por otro lado, el derecho a la tutela judicial efectiva requiere que el consumidor pueda impugnar ante el juez nacional la validez de los derechos de crédito derivados de un contrato de crédito que contenga cláusulas que puedan ser declaradas abusivas, *con independencia de que tales derechos de crédito vayan acompañados o no de una garantía.*

«En consecuencia, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no respeta las exigencias que se desprenden del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 al permitir impugnar únicamente algunos de los créditos derivados de un contrato celebrado con consumidores que contiene cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, y tan solo mediante un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o la caducidad del crédito».

«Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa procesal nacional, como la controvertida en el litigio principal, que, en un procedimiento concursal, por un lado, no permite que el Juez examine de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas contractuales de las que se derivan los créditos comunicados en el marco del referido procedimiento, aunque este Juez disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello, y que, por otro lado, solo permite que dicho Juez examine los créditos que no vayan acompañados de una garantía, y ello únicamente en relación con un número limitado de alegaciones basadas en la prescripción o en la extinción de tales créditos».

Pero en todo caso, habiendo apreciación de oficio, debe respetarse el principio de contradicción (arg. ex considerando 71 de la Sentencia).

Por otro lado, la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa, impuesta por el artículo 288 TFUE, párrafo tercero y por la propia Directiva. Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. En el caso de autos, la obligación de proceder a un examen de oficio del carácter abusivo de ciertas cláusulas constituye una norma procesal que recae, no sobre los particulares, sino sobre las autoridades judiciales. Además «al aplicar el Derecho interno, los órganos

jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva… para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del TFUE, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan»[1].

De lo expuesto cabría concluir que, según el TJUE, el concursado consumidor, en un procedimiento concursal (procedimiento de ejecución universal), debe poder impugnar la validez de las cláusulas abusivas contenidas en un contrato de crédito (o de otro tipo) celebrado con un profesional, en términos similares a los permitidos por el Derecho nacional en otros procesos de ejecución (singular), con independencia de que tales créditos vayan acompañados o no de garantía, debiendo, en todo caso, el órgano judicial apreciar de oficio tales cláusulas abusivas de las que se derivan los créditos comunicados al procedimiento, en el momento en que disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Siendo contraria a la Directiva 93/13 la normativa nacional que solo permita impugnar *algunos* de los créditos derivados de un contrato celebrado entre profesional y consumidor concursado y tan solo mediante *un número limitado de alegaciones*.

La pregunta que cabe formularse es si el Derecho concursal español, cuando el deudor concursado es un consumidor, respeta estas exigencias derivadas de la Directiva 93/13 y de la doctrina del TJUE.

Para responder a esta cuestión expondremos primeramente y de forma resumida el régimen de comunicación y reconocimiento de créditos en la LC, así como el régimen de publicidad e impugnación del informe de la administración concursal y documentación complementaria, en concreto, de la lista de acreedores. En segundo término, intentaremos hacer una interpretación de dicho régimen en conformidad con la Directiva 93/13 y las exigencias de la doctrina del TJUE, reflejadas en la Sentencia comentada de 21 de abril de 2016. En tercer lugar, estudiaremos la STJUE, Sala Quinta, de 16 de febrero de 2017, relativa a que los Letrados de la Administración de Justicia no tienen el carácter de «órgano judicial» a efectos de plantear cuestiones prejudiciales y apreciar de oficio cláusulas abusivas, control que queda reservado al órgano judicial. Argumento que nos llevará a la conclusión de que no es posible que la administración concursal aprecie de oficio la existencia de cláusulas abusivas al elaborar su informe, pese a que la presentación de aquel y su documentación complementaria (inventario y lista de acreedores) es un acto de carácter procesal, como resulta de la consideración de que su falta de impugnación por deudor, acreedores u otros interesados hará devenir firmes dichos documentos, con las implicaciones que, para las posiciones de acreedores y deudor, ello tendrá en el procedimiento (bien concluya por convenio, bien por liquidación). Y finalmente, extraeremos algunas propuestas de *lege ferenda* en relación con la apreciación de oficio por el juez del concurso de las cláusulas abusivas.

II. EL DERECHO ESPAÑOL. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

1. Comunicación de créditos

La comunicación de créditos en el procedimiento concursal se encuentra regulada en el artículo 85 de LC[2]. Se trata de un trámite imprescindible para la

formación de la masa pasiva, o lista de acreedores del concurso, que «tiene como antecedentes la documentación de la propia concursada, y la lista de acreedores que se acompaña a la solicitud de concurso, contribuyendo a la formación de la lista definitiva de acreedores, la comunicación de los créditos por los acreedores para su reconocimiento (arts. 85, 86 y 87 LC)». La comunicación permite a los acreedores defender sus créditos en el marco del procedimiento concursal y debe efectuarse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso (art. 21.5 en relación con el artículo 23 LC). Además, para facilitar la comunicación de créditos, la administración concursal debe realizar sin demora una comunicación individualizada a los acreedores cuya identidad y domicilio consten en la documentación que obre en autos, informando de la declaración de concurso y del deber de comunicar los créditos en la forma establecida por la ley (art. 21.4 LC)[3].

«El régimen previsto para la comunicación es el mismo para todos los créditos concursales, sean ordinarios, privilegiados o subordinados» (art. 85.1 LC). «La comunicación debe dirigirse a la administración concursal y no al juzgado, pudiendo emplearse medios electrónicos. Con ello se trata de agilizar al máximo el procedimiento de comunicación, *exonerando al juzgado de la carga de recepcionar y tramitar estas comunicaciones…*». Los datos que deben aportarse en la comunicación son todos aquellos que resulten necesarios para individualizar con precisión el crédito y acreditar su existencia, esto es, titularidad, concepto, fundamento, fecha de adquisición y vencimiento, importe, características, clasificación y graduación que se pretenda, así como los necesarios para identificar a su titular. Además debe señalarse un domicilio o dirección electrónica, para que la administración concursal practique las notificaciones que estime oportunas, y acreditar suficientemente el derecho del que se afirma ser titular, so pena de que por falta de tal prueba el crédito no pueda ser reconocido y se excluya[4].

La falta de comunicación no supone ni la renuncia ni la extinción del crédito, pero el acreedor «no podrá satisfacerse ni en el seno del concurso, ya que no participa en el procedimiento, ni fuera del mismo, porque lo impide el devenir del procedimiento. Deberá, por tanto, esperar al término del concurso para tratar de cobrarse con los bienes que eventualmente pudieran restar o aparecieran en el patrimonio del deudor (art. 178 LC). Ahora bien, si en el curso del procedimiento se aprobara un convenio los acreedores que no hubieran comunicado su crédito quedarían afectados por el mismo. Si fuera de otro modo, la eficacia del acuerdo quedaría desvirtuada (art. 134 LC)»[5].

2. Reconocimiento de créditos y elaboración de la lista de acreedores

El reconocimiento de los créditos, por su parte, se encuentra regulado en los artículos 86 y 87 LC, artículo este último que regula supuestos especiales de reconocimiento[6]. La administración concursal debe decidir sobre el reconocimiento de cada uno de los créditos, incluyéndolos o excluyéndolos de la lista de acreedores, no limitándose, pues, su actuación a una mera gestión de las comunicaciones para relacionar los créditos. Para este trámite de verificación dispone del plazo para la formación de la lista de acreedores, o sea, dos meses en el procedimiento ordinario, desde la aceptación de dos de los administradores concursales (arts. 74.1 y 2 LC) y de un mes en el caso del procedimiento abreviado (art. 191 LC). Con posterioridad, los acreedores podrán, mediante la impugnación de la lista de acreedores en incidente concursal, pedir la inclusión o exclusión de los créditos

comunicados o discutir la cuantía y clasificación de los reconocidos (arts. 96.1 y 2 LC). A esta impugnación se refiere el artículo 86.1.2.º LC[7].

El artículo 86.2 LC enumera una serie de supuestos en que el crédito debe ser necesariamente incluido por la administración concursal en la lista de acreedores. Se trata de créditos que el legislador considera adecuadamente acreditados[8]. Entre ellos se enuncia a los créditos que constan en Sentencia, aunque no sea firme, en documento con fuerza ejecutiva, así como los asegurados mediante garantías reales inscritas en registro público. «En principio, todos estos créditos [susceptibles de inclusión forzosa en la lista de acreedores] deben ser comunicados al concurso con los documentos acreditativos de los mismos. Tal y como afirma la SAP Salamanca de 18 de noviembre de 2014, la regla del reconocimiento forzoso o necesario contenida en el artículo 86.2 LC en ningún caso exime de la preceptiva comunicación del crédito, pues resulta lógico que no pueda exigirse a la Administración concursal que reconozca lo que no conoce, sin que tampoco se pueda obligar al órgano concursal a una suerte de labor de investigación a este respecto»[9].

No obstante, el deber de reconocer los créditos enumerados en el artículo 86.2 LC no es absoluto «pues habrá casos en los que estará justificada su exclusión [y *a fortiori,* si se trata de créditos no susceptibles de reconocimiento forzoso], como por ejemplo cuando se pueda acreditar que el crédito está pagado, compensado o prescrito *o se dé cualquier otro de los motivos de oposición a la ejecución previstos en la LEC (arts. 556 a 559 LEC), a los que la administración concursal podrá acogerse*»[10]. Ahora bien, como el artículo 557.1.7.ª LEC, indica como causa de oposición «que el título contenga cláusulas abusivas», podría surgir la duda de si la administración concursal puede, respetando el principio de contradicción, apreciar la existencia de cláusulas abusivas, al efecto de no incluir cierto crédito, o bien incluirlo por menor cuantía en la lista provisional de acreedores, máxime cuando la LEC es derecho supletorio en el procedimiento concursal (Disp. Final 5.ª LC).

Ahora bien, la apreciación de cláusulas abusivas hace referencia a la falta de validez de tales cláusulas y el propio artículo 86.2 LC señala que si la administración concursal albergase dudas sobre la existencia o *validez de los créditos de reconocimiento forzoso debería proceder a su impugnación*. SACRISTÁN BERGIA incluso considera que tal impugnación procedería en el caso de que se considerase que el derecho de crédito se había extinguido, así como cuando se detectasen errores en su cuantificación. «Para la impugnación de la existencia y validez de dichos créditos, la administración concursal dispone del plazo para emitir su informe. El cauce procesal adecuado para la impugnación es el juicio ordinario (art. 86.2 LC)». Según SACRISTÁN BERGIA, «*la administración concursal es la única legitimada para impugnar la existencia y validez de estos créditos*. Ahora bien, tanto los acreedores como el propio deudor podrán oponerse a su reconocimiento mediante la impugnación de la lista de acreedores»[11].

Si en efecto, la *validez* de las cláusulas abusivas debe ser impugnada en juicio ordinario por la administración concursal, y esta es la única legitimada para impugnar la *validez* de los créditos de reconocimiento forzoso, ello supondría que, por un lado, la administración concursal no podría aplicar un control de oficio de las cláusulas abusivas, y que, por otro lado, si la cláusula abusiva se contiene en un título ejecutivo o goza de garantía real inscrita en un registro público, el deudor *no puede accionar contra la validez de tales cláusulas en el procedimiento concursal, ni tan siquiera a través del incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores*, quedando a merced de la decisión de impugnación que adoptase la administración concursal. La cuestión es si esta interpretación es admisible.

MUÑOZ PAREDES señala que el mayor inconveniente de la impugnación por juicio ordinario por parte de la administración concursal, para combatir la existencia o cuantía del crédito que está obligada a incluir en la lista de acreedores, es el tiempo que puede llevar dicho procedimiento. En ocasiones, por ello, la administración concursal excluye el crédito de la lista y empuja al acreedor al incidente concursal, vía que también puede utilizar el deudor u otro interesado si no estuviese conforme con un reconocimiento forzoso producido. Ahora bien, señala el autor «por el trámite del incidente… aparte de los motivos de oposición de los artículos 556 a 559 LEC, solo cabrá cuestionar si estamos o no ante un supuesto de reconocimiento forzoso, esto es, si era o no de aplicación el artículo 86.2 LC. Por el contrario, no es posible impugnar a través de un incidente el procedimiento arbitral por fraude, *ni la validez del título ejecutivo, o la existencia del crédito asegurado con garantía real inscrita,* ni tampoco la certificación administrativa, pues la propia LC conduce ese debate al procedimiento ordinario o administrativo que corresponda»[12]. No obstante, la causa de oposición del artículo 557.1.7.ª LC, no existía cuando el autor escribió estas líneas.

El reconocimiento supone la incorporación del crédito en la lista de acreedores, con su calificación. La lista de acreedores, a cuya estructura y contenido se refiere el artículo 94 LC[13], es inicialmente provisional, al estar sujeta a eventuales impugnaciones por cualquier interesado (art. 96 LC). *Una vez transcurridos los plazos dispuestos en la ley sin que se presenten impugnaciones, o, en su caso, una vez resueltas, la lista de acreedores quedará fijada definitivamente, siendo inatacable, salvo los supuestos excepcionales recogidos en los artículos 97 y 97 bis LC. Los créditos incluidos en la lista de acreedores tienen reconocidos todos sus derechos en el concurso y pueden ejercitar los derechos de adhesión o voto en caso de convenio, o bien participar en la liquidación concursal*[14].

La lista de acreedores es, en realidad, una lista de créditos contra el concursado, si bien se organiza según el criterio de los titulares de tales créditos. Permite determinar y cuantificar la masa pasiva del deudor y contiene la clasificación de los créditos, lo que permite conocer la situación jurídica de cada uno. La fecha de apertura de la lista es el elemento fundamental que permite diferenciar entre créditos concursales (integrados en la masa pasiva del concurso) y créditos contra la masa. Dicha fecha, según el artículo 94.1 LC debe venir referida a la fecha de solicitud del concurso, pero ello ha sido objeto de una interpretación correctiva por la doctrina y jurisprudencia que la refiere a la fecha de la declaración del concurso para evitar los efectos contraproducentes sobre los créditos nacidos entre la fecha de solicitud y fecha de declaración del concurso, que no podrían ser calificados ni como créditos concursales, ni como créditos contra la masa. De este modo se evita el nacimiento de tales créditos «intermedios» y se les convierte directamente en créditos concursales. Se da así prevalencia a los artículos 49 y 84.2.5.º LC sobre la literalidad del artículo 94.1 LC[15].

La lista se formula con arreglo a los siguientes criterios de ordenación. Los créditos se clasifican en cuatro categorías (art. 89 LC): créditos con privilegio especial (art. 90 LC), integrando la parte de cada crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía calculada con arreglo al artículo 94.5 (el exceso debe ser calificado según su naturaleza de acuerdo con el art. 90.3 LC); créditos con privilegio general (art. 91 LC); créditos ordinarios (art. 89.3 LC) y créditos subordinados (art. 92 LC). En segundo lugar, los créditos con privilegio especial y general, han de ser, a su vez, agrupados, con arreglo a cuatro clases en sentido técnico (art. 94.2 en relación con los arts. 134.3 y 167.1.2.º LC), créditos laborales, públicos, financieros y restantes créditos. Dentro de tales categorías y clases de

créditos, el artículo 94 LC exige implícitamente la agrupación de los créditos con arreglo a la persona de su titular, persona física o jurídica. A ello debe añadirse las circunstancias de identificación de cada crédito bajo titularidad de un mismo acreedor según su clase, causa, cuantía por principal y por intereses, fecha de adquisición y vencimiento, garantías y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor (art. 87 LC). Debe hacerse constar las diferencias, si las hubiere, entre la comunicación y el reconocimiento (así en cuanto a la cuantía), fundamentando la administración concursal la divergencia, así como las consecuencias de la falta de comunicación oportuna[16].

La relación de los créditos excluidos, que es parte de la lista de acreedores, debe mencionar la identidad del titular del crédito así como los motivos de exclusión de su crédito, teniendo presente que un mismo acreedor puede ser titular de créditos incluidos y excluidos. La constancia de los motivos de exclusión obedece a exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en relación con el derecho de impugnación de la lista que asiste a cualquier interesado legítimo[17]. A la lista de acreedores debe acompañar relación separada de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos (art. 94.4 LC).

III. PUBLICIDAD E IMPUGNACIÓN DEL INFORME Y DE LA DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA

1. Publicidad

El artículo 95 de la LC hace referencia a la publicidad del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria[18]. Dicho informe, regulado en los artículos 74 y 75 LC, es una pieza central del procedimiento concursal, añadiéndose al mismo, como documentación complementaria, tanto la lista de acreedores, como el inventario de la masa activa. «Este informe es el gozne sobre el que gira el procedimiento en buena medida, tanto por razones procesales, como sustantivas. Procesalmente, porque su presentación y subsiguiente firmeza marca el fin de la fase común y la apertura de la de convenio y liquidación. Sustantivamente, porque, sin perjuicio de las posibilidades abiertas en la propia LC, sobre todo a partir de la reforma en virtud de la Ley 38/2011, *su firmeza determina la posición de los participantes en el procedimiento y, señaladamente, los acreedores*»[19].

El sistema de publicidad del informe ha sufrido diversas modificaciones por Real Decreto-ley 3/2009, Ley 38/2011 y Ley 9/2015, de 25 de mayo. La necesidad de publicidad del informe deriva de su función informativa para que los interesados puedan formarse una opinión razonada con vistas a la solución del procedimiento concursal mediante convenio o liquidación. En cuanto a la documentación complementaria (lista de acreedores e inventario), no solo tiene una función informativa, sino que determina la posición jurídica de los acreedores y de terceros relacionados con el procedimiento (p.ej., de los titulares con un derecho de separación). Los dos primeros párrafos del artículo 95 LC se refieren a medios obligatorios de publicidad y el artículo 95.3 LC se refiere a medios complementarios. El artículo 95.1 LC recoge un sistema de publicidad del proyecto de lista de acreedores y de inventario por medios electrónicos y un sistema más sencillo y rápido que el incidental para corregir eventuales errores

en dichos documentos. De manera que cabe solicitar por medios electrónicos la rectificación de cualquier error, que sea un error material. La comunicación electrónica relativa al *proyecto de inventario y de lista de acreedores*, solo se prevé para el deudor y para los acreedores *que hubieran comunicado su crédito* y de los que conste su dirección electrónica (*vid*., art. 85 LC). La misma comunicación se publicará en el Registro Público Concursal. Los acreedores pueden solicitar rectificar o completar los datos que consten en los documentos hasta tres días antes de la presentación del informe al Juez y por medios electrónicos (art. 29.4 LC). «El carácter informal de este sistema deja, en todo caso, abierta la posibilidad de impugnar el informe por las vías previstas en la propia norma (art. 96 LC), sin que pueda considerarse en ningún caso que la reclamación informal del artículo 95 LC deba ser presupuesto necesario para la impugnación de los documentos… La impugnación formal es, por otra parte, *la única vía para obtener una corrección de fondo, es decir, el procedimiento a través del que se ha de articular la discrepancia que excede del mero error material …*». Y aunque se prevé la comunicación electrónica de la relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas, ello no es suficiente para poder derivar al expediente informal rectificaciones que vayan más allá de los errores materiales «y para las que es imprescindible la adecuada tramitación *en beneficio de todos los afectados por las mismas. Del mismo modo, parece como mínimo discutible que la administración concursal pueda, de oficio, modificar la lista provisional salvo en el caso de meros errores materiales*». Por otro lado, aunque la norma no lo prevea expresamente, también el deudor puede utilizar este medio de rectificación informal (p.e., en relación con el contenido del proyecto de inventario)[20].

El artículo 95.2 LC se refiere a la obligación de notificar *la presentación del informe y de la documentación complementaria a quienes se hayan personado en el concurso, en el domicilio señalado a efectos de notificaciones*. A ello se añade la obligación de comunicar telemáticamente *el informe* a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento (hayan o no comunicado su crédito). Parece, pues, que los acreedores no personados (y de los que se disponga de su dirección electrónica) tendrían más información que los simplemente personados en el procedimiento, pues a estos solo se les notificaría la presentación del informe y no el informe en sí, discordancia que ARIAS VARONA atribuye a un descuido del legislador[21].

El informe y la documentación complementaria son también objeto, aparte de la publicidad individualizada anterior, de una publicidad general (art. 95.2 LC), mediante la publicación en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Mediante esta publicidad general no se notifica el contenido del informe y documentación complementaria sino el acto de su entrega por la administración concursal al juez del concurso, y su puesta a disposición de los interesados en el juzgado para que soliciten copia a su costa[22].

2. Impugnación de la lista de acreedores

A la impugnación de la lista de acreedores se refiere el artículo 96 LC[23]. «La importancia del inventario y de la lista de acreedores hace preciso un control judicial, con independencia de que la primera redacción de ambos documentos se asigne a la administración concursal. Si… la fijación definitiva de los derechos de los acreedores y presuntiva de los activos a emplear para su satisfacción, depende del contenido de tales documentos, es imprescindible su acreditación por un ór-

gano de carácter jurisdiccional *cuando los sujetos afectados no acepten la decisión de los administradores concursales voluntariamente.* El trámite de impugnación de estos documentos tiene, así, la finalidad de someter a la decisión del órgano judicial aquellas controversias sobre el contenido de la lista de acreedores y del inventario, *al objeto de consolidar definitivamente su contenido*»[24].

El régimen de publicidad del inventario y de la lista de acreedores del artículo 95 LC condiciona el cómputo de los plazos para la impugnación, pues determina el *dies a quo. En esta impugnación el margen judicial no queda limitado a lo que se pide en la impugnación, sino que el juez, según la jurisprudencia «goza de absoluta libertad para decidir la calificación que resulte más ajustada a derecho, según su criterio»*. En cuanto a la legitimación activa para la impugnación, se otorga a *cualquier interesado*, esté o no personado en el procedimiento, puesto que su contenido podría afectarles. La distinción que realiza el artículo 96 LC entre partes personadas y resto de legitimados solo tiene relevancia en relación con el cálculo del plazo para la impugnación[25]. En principio, «es interesado todo sujeto cuya posición jurídica pueda verse afectada negativamente por la relación de bienes y derechos incluida en el inventario o por el listado de créditos y acreedores incluidos en la lista de acreedores». En relación con la lista de acreedores los interesados naturales son los acreedores, incluyendo los acreedores subordinados y quienes comunicaron su crédito tardíamente. La legitimación pasiva corresponde a la administración concursal, y en litisconsorcio pasivo necesario a quienes afecte directamente la impugnación realizada[26].

Para ARIAS VARONA la impugnación de la lista de acreedores *puede referirse a la inclusión o exclusión de créditos o a la cuantía de los reconocidos. También puede referirse a otros datos que figuran en la lista y pueden afectar negativamente al interesado (p.ej., la calificación del crédito como condicional o litigioso, o la fecha de vencimiento que puede determinar según los artículos 94 y 159 LC, cambios importantes en la cuantía*)[27].

«*No es admisible, sin embargo, incorporar bajo el trámite de la impugnación de la lista de acreedores aspectos sustantivos que pudieran condicionar el crédito incluido y que han de tener un trámite procedimental específico*, como la *exceptio non adimpleti contractus* [STS de 18 de diciembre de 2012] o, según parece deducirse de algunas Resoluciones, la titularidad misma de un crédito reconocido y de cuantía indiscutida [AAP de Murcia de 27 de septiembre de 2012]. *Según alguna jurisprudencia, tampoco podría impugnarse el importe reconocido a un crédito contingente, puesto que este ha de serlo sin cuantía y, cuando devenga definitivo, habrá de emplearse el procedimiento dispuesto en el artículo 97 bis LC*».

«Conviene tener en cuenta que la posibilidad de impugnación que pretenda la exclusión o degradación de los créditos se plantea sin limitación en cuanto a los créditos a los que se refiere, *pero que existen ciertos límites implícitos en la norma, dado que algunos créditos deben ser automáticamente incluidos por efecto de lo dispuesto en el artículo 86 LC. En este sentido, no cabe duda de que la impugnación no debería admitirse, como mínimo, para los reconocidos por laudo o Sentencia firme, en cuyo caso la protección se articula mediante la impugnación para la que están legitimados los administradores concursales (v. art. 86.2 LC)*»[28]. Opiniones que vuelven a permitir plantear la pregunta acerca de si el deudor puede impugnar mediante incidente concursal la validez por abusiva de alguna cláusula del contrato originador del crédito, si este debe ser objeto de reconocimiento forzoso.

Efecto de las impugnaciones es la imposibilidad de abrir la fase de convenio o liquidación mientras no se resuelvan, a salvo el supuesto excepcional previsto en el artículo 96.4 LC.

La impugnación se tramita por la vía del incidente concursal (arts. 192 y sigs. LC), iniciándose mediante demanda (art. 194 LC), necesitando los acreedores asistencia letrada y de procurador (art. 184.3 LC). Cabe que el juez acumule de oficio las impugnaciones. La impugnación o el conjunto de las acumuladas se resuelven mediante sentencia[29], la cual da fijeza al inventario y a la lista de acreedores, debiendo la administración concursal, en el plazo máximo de cinco días desde la notificación de la última sentencia referida a las impugnaciones, introducir las correcciones que sean necesarias en esos documentos, presentando al Juez los textos definitivos y haciendo constar expresamente las diferencias entre los textos inicialmente presentados y los definitivos, quedando de manifiesto en la secretaría del juzgado. En los procedimientos abreviados se prescinde del incidente concursal y se prevé la tramitación acumulada de todas las impugnaciones realizadas (art. 191.4 LC)[30].

De acuerdo con el artículo 96.6 LC, se establece la obligación de publicar en el Registro Público concursal las impugnaciones, lo que permite la intervención como coadyuvante de una u otra parte (art. 193 LC). El resultado de las impugnaciones también es objeto de publicidad pues la administración concursal debe comunicar telemáticamente los textos definitivos a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento (art. 96.5 *in fine*) LC, y aunque no se menciona la publicidad en el Registro Público Concursal de los resultados de las impugnaciones, parece que sería lógico la publicación de los textos definitivos en el mismo[31, 32].

Quienes no hubieren impugnado en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos dentro del concurso, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones (art. 97.1 LC)[33].

3. Propuesta de interpretación para el control de las cláusulas abusivas a instancia del deudor

Del estudio realizado parecería desprenderse, en relación con la cuestión objeto de este trabajo, que el incidente concursal sería vía adecuada para que el deudor impugnara la validez por abusivas de las cláusulas del contrato de que emana el crédito reconocido por la administración concursal, salvo el caso de los créditos de reconocimiento forzoso, para la impugnación de la validez de los cuales existiría un procedimiento específicamente previsto por la LC (juicio ordinario), en el que la legitimación activa correspondería en exclusiva a la administración concursal.

No obstante, esta interpretación del articulado de la LC no la consideramos conforme con las disposiciones de la Directiva 93/13, al implicar un obstáculo para la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por tal Directiva. Y existiendo la obligación para los órganos judiciales de, en la medida de lo posible, verificar una interpretación del Derecho nacional que permita alcanzar los fines de tal Directiva, nos parece conveniente formular la siguiente propuesta interpretativa.

Muchos autores españoles y extranjeros han visto en las antiguas quiebra y concurso de acreedores supuestos de ejecución general. Entenderían que «así como un acreedor puede instar una actividad jurisdiccional ejecutiva afectando ciertos bienes concretos del deudor a la satisfacción de su crédito — o, más exactamente a la responsabilidad civil derivada del impago, mediante entrega

de una cantidad de dinero obtenida mediante la realización de los bienes (o las equivalentes adjudicación del bien en pago o administración forzosa), así también hay unos procesos de ejecución —concurso de acreedores y quiebra— que, en lugar de proyectar la actividad jurisdiccional ejecutiva sobre bienes concretos del deudor (ejecución singular), la proyectan sobre su entero patrimonio (ejecución general) y, en lugar de proveer a la satisfacción de un acreedor, persiguen con la ejecución afectante al conjunto patrimonial, la satisfacción de la generalidad de los acreedores (de ahí la denominación "concurso de acreedores")»[34]. Si bien, esta tesis puede resultar inexacta en el sentido de que el concurso de acreedores puede concluir por convenio y no por liquidación, y por lo tanto, sin actividad ejecutiva, la fase común debe enderezarse a preparar tanto una como otra posible solución concursal y por lo tanto, a determinar el crédito *que podrá realizarse de forma ordenada en la ejecución universal*. *Desde este punto de vista parece que es indispensable la aplicación supletoria de los artículos 556 a 559 LEC, como motivos a alegar en los incidentes concursales (art. 96.3 LC), de manera que la única posibilidad de que dispone la administración concursal para no proceder a un reconocimiento forzoso en los casos de créditos reconocidos en título ejecutivo o con garantía real del artículo 86.3 LC es proceder a la impugnación por la vía del juicio ordinario, pero ello no impediría que, reconocido forzosamente el crédito por la administración concursal (y no instado tal juicio ordinario), el deudor no pudiera reaccionar por la vía del artículo 96.3 LC en relación con los artículos 556 a 559 LEC, y por lo tanto alegando la existencia de cláusulas abusivas (art. 557.1.7.ª LC), máxime cuando el impedir esta posibilidad al deudor lesionaría el principio de equivalencia comunitario, pues la autonomía procesal de los Estados tiene el límite de que la regulación procesal concreta no impida la tutela judicial efectiva del consumidor, siendo menos favorable que la de recursos similares (ejecución ordinaria) de Derecho interno.*

Ahora bien, en el concurso de acreedores, el deudor debe estar siempre asistido de abogado y representado por procurador[35], y por lo tanto, necesita de asistencia letrada y representación técnica para impugnar la lista de acreedores mediante incidente concursal por existencia de cláusulas abusivas. Al aplicarse el criterio del vencimiento para la imposición de las costas en la sentencia que resuelve el incidente, la hipotética condena en costas al deudor determinaría la existencia de un crédito contra la masa, prededucible, según el artículo 84.2.º LC, lo que perjudicaría al deudor y a todos los acreedores concursales, y podría actuar como mecanismo disuasorio del planteamiento del incidente impugnatorio[36]. Lo que nos conduce de lleno a que la regulación procesal, pese a la autonomía procesal de los Estados, no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13 (principio de efectividad), y consecuentemente a la necesidad del control de oficio de que habla la STJUE de 21 de abril de 2016.

IV. LA PROBLEMÁTICA DEL CONTROL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Como expusimos en el primer epígrafe, cabe cuestionarse si al realizar la administración concursal una actividad de naturaleza procesal como es la lista de acreedores (pese a lo que podría deducirse de los artículos 33.1.a) y 33.1.d) LC) puede esta verificar un control de oficio de la abusividad de las cláusulas del contrato del que resulte el crédito contra el concursado consumidor.

A pesar de la indudable índole procesal que tiene la elaboración de la lista de acreedores (que exonera de la carga de recepcionar y tramitar las comunicaciones al juzgado y que, a falta de impugnación, deviene texto definitivo y pieza central del procedimiento, fijando los derechos de acreedores, deudor y otros interesados), entendemos que tal control de oficio no es posible, al carecer la administración concursal del carácter de funcionario público[37] y teniendo presente que la STJUE, Sala Quinta, de 16 de febrero de 2017 circunscribe dicho control en el procedimiento al órgano judicial, negando la consideración de tal a los Letrados de la Administración de Justicia.

La mencionada Sentencia tiene su origen en un litigio sobre guarda y custodia seguido ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer único de Tarrasa (Barcelona). El abogado de una de las partes presentó el 27 de julio de 2015, ante el Letrado de la Administración de Justicia de dicho Juzgado, minuta por la que reclamaba los honorarios que le eran debidos y no se le habían satisfecho. Presentada la reclamación, el Letrado de la Administración de Justicia tuvo dudas sobre la conformidad del procedimiento de «jura de cuentas» con el Derecho de la UE, ya que, aunque le corresponde a dicho Letrado conocer de tal procedimiento de manera exclusiva, no puede controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado entre el abogado y su cliente, ni practicar más pruebas con vistas a dicho control que la documental o pericial. Dichas dudas le llevaron a plantear una cuestión prejudicial al TJUE, habiendo presentado sus Conclusiones al respecto la Abogada General, Sra. Juliane KOKOTT, el 15 de septiembre de 2016 (Asunto C-503/15)[38].

La LEC regula en los artículos 34 y 35 los procedimientos de reclamación de cuentas y honorarios por procuradores (art. 34 LEC) y abogados (art. 35 LEC), incorporando la técnica monitoria. Su conocimiento, desde la Ley 13/2009 para la implantación de la nueva oficina judicial, se atribuye en exclusiva al Letrado de la Administración de Justicia, pasando a tener una naturaleza que se discute si es administrativa o de jurisdicción voluntaria. Los abogados pueden reclamar a sus clientes los honorarios que les son debidos presentando minuta detallada y manifestando formalmente que dichos honorarios le son debidos y no satisfechos (art. 35.1 LEC). Presentada la reclamación, el Letrado de la Administración de Justicia requiere al deudor para que pague la cantidad o impugne la cuenta en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación (art. 35.2 LEC). Si el deudor no formulase oposición dentro del plazo establecido, se despachará ejecución por la cantidad a la que asciende la minuta (art. 35.3 LEC)[39].

El Letrado de la Administración de Justicia, en su cuestión prejudicial, plantea al TJUE si la regulación española de la «jura de cuentas», o sea, los artículos 34, 35 y 207.2 a 4 de la LEC, se opone al Derecho de la UE (art. 47 de la Carta de Derecho Fundamentales de la UE) en la medida en que veda la posibilidad de control judicial en dicho procedimiento[40] y, caso de contestarse afirmativamente a esta cuestión, si el Secretario Judicial[41] tiene o no, la consideración de «órgano jurisdiccional» a los efectos del artículo 267 TFUE, esto es, a efectos de poder plantear cuestión prejudicial[42]. Igualmente pregunta si los artículos 34 y 35 LEC se oponen a los artículos 6.1 y 7.2 de la Directiva 93/13 y a los artículos 6.1.d), 11 y 12 de la Directiva 2005/29, al vedar el control de oficio de las eventuales cláusulas abusivas o prácticas comerciales desleales que pudieran contener los contratos celebrados entre abogados y personas físicas que actúen con propósito ajeno a su actividad profesional. Finalmente, pregunta si los artículos 34 y 35 LEC se oponen a los artículos 6.1, 7.2 y Anexo, 1.q de la Directiva 93/13, al limitar

la práctica de prueba en el procedimiento de jura de cuentas para resolver la cuestión relativa a la existencia de tales cláusulas abusivas[43].

La Abogada General, en sus Conclusiones, entendió que un Letrado de la Administración de Justicia puede presentar una cuestión prejudicial al considerarle un «órgano judicial» en cuanto al procedimiento de «jura de cuentas», dado que las Resoluciones que vierten en este proceso se equiparan a las dictadas por los jueces en cuanto a fuerza ejecutiva. La Abogada General no comparte la posición del Gobierno español según el cual los decretos dictados por los Letrados de la Administración de Justicia son títulos extrajudiciales del artículo 557 LEC, debiendo el juez encargado de la ejecución, en base al artículo 552.1 de la LEC comprobar de oficio la existencia de cláusulas abusivas. Considera, por el contrario, que los decretos dictados en los procedimientos de «jura de cuentas» se ejecutan *como Resoluciones judiciales*. No estarían, pues, tales decretos entre los *documentos* a los que se refiere el artículo 517.2.9.º LEC sino entre las demás *Resoluciones procesales* a las que se refiere el mencionado precepto. La ejecución de estos decretos se sujetaría, pues, al artículo 556 LEC, ya que la Ley 13/2009, que trasladó la competencia exclusiva en estos procedimientos a los Letrados de la Administración de Justicia, reformó el título del artículo 556 LEC «que pasó de denominarse *oposición a la ejecución de Resoluciones judiciales o arbitrales* a *oposición a la ejecución de Resoluciones procesales* o arbitrales. Además la Ley 13/2009 en su preámbulo indica que «con el objeto de unificar la terminología y adaptarla a las nuevas competencias del Secretario judicial, se utiliza la expresión "resoluciones procesales" para englobar tanto las Resoluciones judiciales […] como las del Secretario judicial». En consecuencia, en la jura de cuentas el Letrado de la Administración de Justicia tendría la consideración de órgano judicial y podría plantear cuestión prejudicial[44].

En cuanto a la segunda cuestión planteada, la Abogada General discrepa del Gobierno español que considera que el control de oficio de cláusulas abusivas se produce por el juez que vaya a conocer de la ejecución del título extrajudicial. La Abogada considera que no es adecuado diferir la comprobación de la existencia de tales cláusulas a la fase de ejecución, porque si el consumidor procediese al pago voluntario al recibir el decreto, no sería necesario el procedimiento de ejecución posterior y no podría comprobarse la existencia de cláusulas abusivas. «Por lo tanto, la Abogada General propone al TJUE que considere que el procedimiento español de reclamación de los honorarios del abogado se opone a la normativa europea en materia de consumidores y cláusulas abusivas, ya que los Letrados de la Administración de Justicia, que son los que tienen atribuidos el conocimiento del procedimiento no pueden comprobar de oficio si en el contrato celebrado entre un abogado y su consumidor existen cláusulas abusivas o se han dado prácticas comerciales desleales»[45].

En relación con la tercera cuestión, la Abogada General considera que el Letrado de la Administración de Justicia puede hacer uso de la prueba documental, «ya que no solo recaba los autos del procedimiento judicial que es origen de la reclamación sino también la minuta del abogado y otros documentos como el presupuesto o el propio contrato. Asimismo, cuando el deudor impugna los honorarios por excesivos, el Letrado de la Administración de Justicia tiene que oír al abogado y, si este no acepta la reducción de sus honorarios, pasar testimonio de los autos al Colegio de abogados para que emita informe. Por lo que, según la Abogada General "por regla general, tales facultades de investigación deberían bastar para que se pueda analizar y apreciar si existen cláusulas abusivas"»[46].

En opinión de DOMÍNGUEZ RUIZ, si el TJUE seguía la línea de la Abogada General iba a ser necesaria una nueva reforma de la LEC, ya que el control de oficio de la existencia de cláusulas abusivas habría quedado reservado a los tribunales tanto en el procedimiento de ejecución ordinaria como hipotecaria, según la regulación introducida por la Ley 1/2013 a raíz de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, y por la Ley 8/2013. En relación con el procedimiento monitorio, el Anteproyecto de Ley de reforma de la LEC, de 3 de mayo de 2013, propuso añadir un nuevo apartado 4 al artículo 815 de la LEC, pero la redacción propuesta fue objeto de críticas por el CGPJ, en su Informe al Anteproyecto, al entender que no daba cumplimiento a la STJUE de 14 de junio de 2012, dado que según dicha redacción «cuando el Letrado de la Administración de Justicia se encontrase ante una reclamación de una deuda fundada en un contrato entre un profesional y un consumidor, y entendiese que dicho contrato contenía cláusulas abusivas, tenía que dar cuenta al tribunal para que este fuese el que decidiese sobre el carácter abusivo o no de la cláusula. Pero el control, realmente, no lo llevaba a cabo el tribunal en todo caso, sino que dependía de que el Letrado de la Administración de Justicia considerase que el contrato podría contener alguna cláusula abusiva»[47]. La Ley 42/2015, resultado del Anteproyecto, se habría hecho eco de dicha crítica pues en la redacción final del artículo 815.4 LEC el control de cláusulas abusivas depende directamente del tribunal. Si la reclamación de la deuda se funda en un contrato entre profesional y consumidor, el Letrado de la Administración de Justicia no decide sobre su admisión o no (cuestión que le compete con carácter general, según el art. 815.1 LEC), sino que tiene que dar cuenta inmediatamente al juez para que este pueda apreciar si existen o no cláusulas abusivas. Así pues, con la legislación actual, los Letrados de la Administración de Justicia no podrían de oficio apreciar la existencia de cláusulas abusivas, ni siquiera en un proceso monitorio, por lo que la posibilidad de apreciación en la «jura de cuentas» requeriría de una reforma legislativa[48].

No obstante las Conclusiones de la Abogada General, el TJUE en sentencia de 16 de febrero de 2017, Sala Quinta, ha considerado que el Letrado de la Administración de Justicia no reúne la consideración de órgano judicial, por lo que no puede plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE (ni *a fortiori, realizar un control de las cláusulas abusivas en el procedimiento)*.

Señala el Tribunal que, a efectos de dilucidar si el organismo remitente de la cuestión prejudicial tiene o no la consideración de *órgano jurisdiccional*, en relación con el artículo 267 TFUE, se ha de tener en cuenta un conjunto de factores, como son el origen legal del organismo, su permanencia, *el carácter obligatorio de su jurisdicción*, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del organismo de normas jurídicas, así como su *independencia*. Por otro lado, si el organismo nacional tiene atribuidas por la ley funciones de diferente naturaleza, procede examinar *la naturaleza específica de las funciones jurisdiccionales o administrativas que ejerce en el contexto normativo específico en el que decide pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, a fin de verificar si debe adoptar su resolución en un procedimiento que concluya con una resolución judicial.* En el caso de autos, por lo que se refiere al carácter obligatorio de la jurisdicción del órgano remitente, no existe tal carácter obligatorio, pues para obtener el cobro de sus honorarios el abogado no está obligado a utilizar la vía del expediente de jura de cuentas sino que puede optar libremente por este procedimiento, el proceso declarativo ordinario o el procedimiento monitorio. Por otro lado, el procedimiento de jura de cuentas no tiene carácter plenamente jurisdiccional, en la medida en que en virtud de los artículos 34.2 y 35.2 de la

LEC, este procedimiento se sitúa al margen del sistema jurisdiccional nacional. Por un lado, señala el Tribunal, la incoación de la jura de cuentas no da lugar a que, por causa de litispendencia, pueda impedirse que un tribunal ordinario sustancie autónomamente un procedimiento declarativo ordinario o un procedimiento monitorio y por otro lado, el decreto que pone fin al expediente de jura de cuentas es *similar a una resolución de carácter administrativo, puesto que tal decreto, aun siendo firme y ejecutivo, sin que se admita contra él recurso, no goza de los atributos de una resolución judicial, especialmente de la fuerza de cosa juzgada material*. De estas consideraciones se desprende que un expediente de jura de cuentas, tal y como ha declarado el TC en Sentencia 58/2016, de 17 de marzo de 2016, constituye un *procedimiento de carácter administrativo, en el marco del cual no puede considerarse que el Secretario Judicial ejerza una función jurisdiccional.*

En segundo lugar, el Letrado de la Administración de Justicia tampoco actúa en este procedimiento con un criterio de independencia. Dicho criterio comporta dos aspectos, el aspecto externo, que supone que el órgano en cuestión ejerce sus funciones con plena autonomía, sin estar sometido a vínculo jerárquico y sin recibir órdenes ni instrucciones de ningún tipo y el aspecto interno, que se asocia al concepto de imparcialidad, el cual exige el respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del litigio que no sea el de la estricta aplicación de la norma jurídica. Al tramitar el expediente de jura de cuentas, el Letrado de la Administración de Justicia cumple la exigencia de imparcialidad y objetividad en relación con las partes y con los respectivos intereses de estas en el litigio. Sin embargo, no cumple con la exigencia de la independencia, pues de los artículos 452.1, 465.6 y 8 y 467 de la LOPJ, así como del artículo 3 y 16, letra h), del Real Decreto 1608/2005 se deduce que, en el ejercicio de sus funciones, debe atenerse a las instrucciones que le imparta su superior jerárquico, salvo cuando ejerce las competencias relativas a la fe pública judicial, por lo que cuando tramita el expediente de jura de cuentas lo hace con observancia de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica.

«De las consideraciones anteriores resulta que, en el ámbito del expediente de jura de cuentas sobre el que versa el litigio principal, el Secretario Judicial no constituye un "órgano jurisdiccional" a efectos del artículo 267 TFUE… Por consiguiente, el Secretario Judicial no está facultado para plantear al Tribunal de Justicia una petición de decisión prejudicial. Así pues, *es al juez de ejecución competente para acordar el apremio sobre la cantidad debida, que debe examinar —de oficio si es necesario— el eventual carácter abusivo de una cláusula contractual que figure en el contrato celebrado entre un procurador o un abogado y un cliente suyo… a quien corresponderá, en su caso plantear al Tribunal de Justicia la petición de decisión prejudicial*».

Sentado lo anterior, procedería concluir en relación con la cuestión objeto de nuestro estudio que al juez concursal le corresponde el control de oficio de las cláusulas abusivas de los contratos de los que derive el crédito insinuado en el concurso, no pudiendo proceder a dicho control la administración concursal. Y aunque no existe trámite específicamente fijado para ello, dicho control debería producirse con arreglo a los principios generales del derecho inducibles de los artículos 552.1. II y 815.4 LEC y del artículo 129.1.f) de la LH, (o por aplicación analógica de tales normas) en el momento en que la administración concursal presenta su informe al juez (art. 95.2 y 3 LC), por ser entonces cuando el juzgado dispone de los datos de hecho y de derecho necesarios para tal examen de oficio[49]. No obstante, podría establecerse que, sin perjuicio de tal control de oficio por el juzgador, la administración concursal, antes de presentar la lista

de acreedores, y en cuanto advirtiese de la posible existencia de una cláusula abusiva, estuviese obligada a comunicarlo al juzgado, para que este de oficio, y con respeto del principio de contradicción, resolviese lo procedente. Lo que no cabría es supeditar el control de oficio a esta comunicación de la administración concursal. La determinación del juzgador podría incorporarse a la lista provisional, quedando a salvo el derecho del acreedor para volver a plantear la cuestión mediante incidente concursal. Ello evitaría que el deudor tuviera que plantear el incidente concursal para impugnar las eventuales cláusulas abusivas, con el riesgo de generar un crédito contra la masa prededucible en caso de condena en costas, y evitaría que la administración concursal tuviera que plantear un juicio ordinario por esta cuestión (en caso de créditos derivados de título ejecutivo o con garantía real) para evitar el reconocimiento forzoso. El juicio ordinario quedaría así reservado a la impugnación de la existencia y validez del crédito por otras causas (p.ej., falsedad de la escritura pública, simulación del contrato, etc.).

V. CONCLUSIONES

I. Según STJUE de 21 de abril de 2016, Sala Tercera, el concursado consumidor, en un procedimiento concursal (procedimiento de ejecución universal), debe poder impugnar la validez de las cláusulas abusivas contenidas en un contrato de crédito (o de otro tipo) celebrado con un profesional, en términos similares a los permitidos por el Derecho nacional en otros procesos de ejecución (singular), con independencia de que tales créditos vayan acompañados o no de garantía, debiendo, en todo caso, el órgano judicial apreciar de oficio tales cláusulas abusivas de las que se derivan los créditos comunicados al procedimiento, en el momento en que disponga de los datos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Siendo contraria a la Directiva 93/13 la normativa nacional que solo permita impugnar *algunos* de los créditos derivados de un contrato celebrado entre profesional y consumidor concursado y tan solo mediante *un número limitado de alegaciones*.

II. Siendo el concurso de acreedores un supuesto de ejecución universal, parece indispensable la aplicación supletoria de los artículos 556 a 559 LEC, como motivos a alegar en los incidentes concursales.

III. En los casos de créditos documentados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, objeto de reconocimiento forzoso, este solo puede ser eludido por la administración concursal mediante el planteamiento de juicio ordinario para impugnar su existencia y validez. Pero reconocido forzosamente el crédito, ello no impediría al deudor reaccionar por la vía del incidente impugnatorio, alegando la existencia de cláusulas abusivas (art. 557.1.7.ª LEC). El impedir dicha posibilidad al deudor lesionaría el principio de equivalencia comunitario (en relación con las ejecuciones ordinarias).

IV. No obstante, necesitando el deudor para la impugnación del crédito de asistencia letrada y representación técnica, y aplicándose el criterio del vencimiento para la imposición de costas en la Sentencia resolutoria del incidente, ello podría actuar como elemento disuasorio del planteamiento del incidente ante el peligro de generar un crédito contra la masa, prededucible. El principio de efectividad comunitario, pues, exigiría la existencia de un control de oficio de las cláusulas abusivas.

V. Pese al indudable carácter procesal que tiene el trámite de confección de la lista de acreedores, careciendo la administración concursal de la condición de funcionario público y teniendo presente la STJUE, Sala Quinta, de 16 de febrero

de 2017 (que niega la consideración de órgano judicial a los Letrados de la Administración de Justicia, y *a fortiori* la posibilidad de que controlen de oficio en la jura de cuentas las cláusulas abusivas insertas en el contrato entre abogado y cliente), el control de oficio en el procedimiento concursal debería producirse por parte del órgano judicial.

VI. Tal control de oficio, aunque no exista trámite específico para ello, debería producirse con arreglo a los principios generales del derecho inducibles de los artículos 552.1.II y 815.4 LEC y del artículo 129.1.f) de la LH, en el momento en que la administración concursal presenta su informe al juez, por ser entonces cuando el juzgado dispone de los datos de hecho y de derecho necesarios para ello. No obstante, podría el legislador establecer la obligación para la administración concursal de advertir de la posible existencia de cláusulas abusivas durante la elaboración de su informe, evitando así el tener que plantear un juicio ordinario por esta cuestión, juicio ordinario que quedaría reservado para la impugnación de la existencia y validez del crédito por otras causas.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE Sala Tercera, de 21 de abril de 2016.
- STJUE Sala Quinta, de 16 de febrero de 2017.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO ESPINOSA, F.J. (2016). Comentario al artículo 94 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: La Ley, Wolters Kluver, 1122-1260.

ARIAS VARONA, F.J. (2016) (1). Comentario al artículo 95 de la LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: La Ley, Wolters Kluver, 1261-1269.

— (2016) (2). Comentario al artículo 96 de la LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: La Ley, Wolters Kluver, 1269-1279.

— (2016) (3). Comentario a los artículos 97, 97 bis y 97 ter. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal,* Madrid: La Ley, Wolters Kluver, 1283-1298.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ PICAZO-GIMÉNEZ, I; VEGAS TORRES, J. (1999). *Derecho procesal. Introducción.* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

— (2000). *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales.* Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

DÍAZ ÁLVAREZ, A. (2014). Capítulo 6. Aspectos procesales de carácter general. En: *Memento práctico Concursal,* Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 223-266.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L. (2016). Cláusulas abusivas y procedimiento para reclamar los honorarios de los abogados: ¿Es posible el control de oficio por el Letrado de la administración de justicia? *Diario La Ley,* núm. 8860, 1-15.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M.ª (2014). Capítulo VII. La fase común. Epígrafes III, IV y V. En: *Memento práctico Concursal,* Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 305-358.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M. (2014). El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor en *Revista de Derecho de la UE,* núm. 26, 313-328.

MUÑOZ PAREDES, J.M. (2009). El reconocimiento forzoso de créditos. En: E. Beltrán y P. Prendes (dir.), *Los problemas de la Ley Concursal,* Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, pp. 169-188.

SACRISTÁN BERGIA, F. (2016) (1). Comentario al artículo 85 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal.* Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 1119-1127.

— (2016) (2). Comentario al artículo 86 LC. En: J. Pulgar Ezquerra (dir.), *Comentario a la Ley Concursal.* Madrid: La Ley. Wolters Kluwer, pp. 1127-1132.

SALGADO GONZÁLEZ, J.A. (2014). Capítulo 4. La administración concursal. En: *Memento práctico Concursal,* Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, pp. 131-157.

NOTAS

[1] El órgano remitente también había formulado cuestión prejudicial sobre si la Directiva 93/13 debía interpretarse en el sentido de que, para apreciar si la indemnización impuesta al consumidor que no cumpla sus obligaciones es desproporcionadamente alta en el sentido del punto 1, letra e) del anexo de esta Directiva, procede evaluar el efecto acumulativo de todas las cláusulas indemnizatorias que figuren en el contrato de que se trate, con independencia de que el acreedor exija efectivamente el pleno cumplimiento de cada una de ellas. El TJUE responde que de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13, que indica que el carácter eventualmente abusivo debe apreciarse teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato, resulta necesario examinar el efecto acumulativo de todas las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, justificándose tal apreciación porque tales cláusulas resultan aplicables en su totalidad, y ello con independencia de la cuestión de si el acreedor exige efectivamente o no su pleno cumplimiento. Así pues, el juez nacional que compruebe que varias cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor son abusivas, debe excluir todas ellas, y no solo algunas, a fin de asegurarse de que tales cláusulas no vinculen al consumidor. Otras cuestiones planteadas hacían referencia al cálculo de la TAE.

[2] Artículo 85 LC: «1. Dentro del plazo señalado en el número 5.º del apartado 1 del artículo 21, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos. 2. La comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración concursal. La comunicación podrá presentarse en el domicilio designado al efecto el cual deberá estar en la localidad en la que tenga su sede el juzgado, o remitirse a dicho domicilio. También podrá efectuarse la comunicación por medios electrónicos. El domicilio y la dirección electrónica señalados a efectos de comunicaciones serán únicos y deberán ser puestos en conocimiento del juzgado por el administrador concursal al tiempo de la aceptación del cargo o, en su caso, al tiempo de la aceptación del segundo de los administradores designados. 3. La comunicación expresará nombre, domicilio y demás datos de identidad del acreedor, así como los relativos al crédito, su concepto, cuantía, fechas de adquisición y vencimiento, características y calificación que se pretenda. Si se invocare un privilegio especial, se indicarán, además, los bienes o derechos a que afecte y, en su caso, los datos registrales. También se señalarán un domicilio o una dirección electrónica para que la administración concursal practique cuantas comunicaciones resulten necesarias o convenientes, produciendo plenos efectos las que se remitan al domicilio o dirección indicados. 4. Se acompañará copia, en formato electrónico en caso de que se haya optado por esta forma de comunicación, del título o de los documentos relativos al crédito. Salvo que los títulos o documentos figuren inscritos en un registro público, la administración concursal podrá solicitar los originales o copias autorizadas de los títulos o documentos aportados, así como cualquier otra justificación que considere necesaria para el reconocimiento del crédito. 5…».

[3] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (1), 1120-1123.

[4] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (1),1124-1126.

[5] SACRISTÁN BERGIA, 2016, 1126-1127.

[6] Artículo 86 LC: 1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso. Todas las cuestiones que se susciten en materia de reconocimiento de créditos serán tramitadas y resueltas por medio del incidente concursal. 2. Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por Resolución procesal, aunque no fueren firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. No obstante, la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe, los convenios o procedimientos arbitrales en caso de fraude, conforme a lo previsto en el artículo 53.2, y la existencia y validez de los créditos consignados en título ejecutivo o asegurados con garantía real, así como a través de los cauces admitidos al efecto por su legislación específica, los actos administrativos…».

[7] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (2), 1128-1130.

[8] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (2), 1130.

[9] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (2), 1131. Como señala MUÑOZ PAREDES, «los acreedores no tienen constancia de si sus créditos figuran o no en la documentación del deudor que ha sido facilitada a la administración concursal, ni los administradores concursales disponen siempre de las Sentencias, documentos ejecutivos, certificaciones,…, que acreditan la existencia de cierto crédito», de tal manera que la falta de comunicación podría dar lugar a la exclusión inicial de un crédito que debería haber sido objeto de reconocimiento forzoso. Por otro lado, «de los títulos que conllevan el reconocimiento forzoso de los créditos no siempre se desprende la cuantía exigible actual». Así, es frecuente que de la garantía inscrita solo pueda deducirse la deuda inicial o la máxima, pero no la deuda actual. [De ahí la necesidad de comunicación para «obligarle así [al acreedor] a facilitar la documentación complementaria de la que se deduzca la cuantía exigible» (MUÑOZ PAREDES, 2009, 240 y 242). No obstante, según el artículo 92.1.º LC, la comunicación tardía no determina la subordinación (de manera que serán clasificados según corresponda) ni de los créditos del artículo 86.3 LC ni de los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

[10] MUÑOZ PAREDES, 2009, 239.

[11] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (2), 1130-1132. Con cita de ALONSO LEDESMA, SACRISTÁN BERGIA señala que los créditos así impugnados por la administración concursal, hasta que no se resolviese la impugnación, deberían considerarse como créditos contingentes (SACRISTÁN BERGIA, 2016 (2), 1132). En igual sentido señala ENCISO ALONSO-MUÑUMER que en los casos de reconocimiento forzoso de créditos asegurados con garantía real inscrita en Registro público, la única reacción que cabe a la administración concursal es la impugnación en juicio ordinario, «lo que da a entender que no se trata de un incidente ante el juez del concurso, y no impide el reconocimiento del crédito, como condicional» (ENCISO ALONSO-MUÑUMER, 2014, 329). Artículo 87.3 LC: «Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en Sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación».

[12] MUÑOZ PAREDES, 2009, 243.

[13] Artículo 94 LC: «1. Al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores, referida a la fecha de solicitud del concurso, que comprenderá una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente. 2. La relación de los acreedores incluidos expresará la identidad de cada uno de ellos, la cuantía por principal y por intereses, fechas de origen y vencimiento de los créditos reconocidos de que fuere titular, sus garantías personales o reales, y su calificación jurídica, indicándose, en su caso, su carácter de litigiosos, condicionales o pendientes de la previa excusión del patrimonio del deudor principal. Los acreedores con privilegio general o especial respectivamente deberán estar incluidos en las siguientes clases: 1.º Laborales, entendiéndose por tales los acreedores de derecho laboral. Quedan excluidos los vinculados por la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección en lo que exceda de la cuantía prevista en el artículo 91.1.º. A estos efectos tendrán igualmente consideración de acreedores de derecho laboral los trabajadores autónomos económicamente dependientes en cuantía que no exceda de la prevista en el artículo 91.1.º. 2.º.- Públicos, entendiéndose por tales los acreedores de derecho público. 3.º.- Financieros, entendiéndose por tales los titulares de cualquier endeudamiento financiero con independencia de que estén o no sometidos a supervisión financiera. 4.º.- Resto de acreedores, entre los cuales se incluirán los acreedores por operaciones comerciales y el resto de acreedores no incluidos en las categorías anteriores. Se harán constar expresamente, si las hubiere, las diferencias entre la comunicación y el reconocimiento y las consecuencias de la falta de comunicación oportuna. …3. La relación de los excluidos expresará la identidad de cada uno de ellos y los motivos de la exclusión. 4. En relación separada, se detallarán y cuantificarán los créditos contra la masa, devengados y pendientes de pago, con indicación de los vencimientos. 5. A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial…».

[14] SACRISTÁN BERGIA, 2016 (2), 1132.

[15] ALONSO ESPINOSA, 2016, 1225-1230.

[16] ALONSO ESPINOSA, 2016, 1233-1240.

[17] ALONSO ESPINOSA, 2016, 1243-1244.

[18] Artículo 95 LC: «1. La administración concursal, con una antelación mínima de diez días previos a la presentación del informe al Juez, dirigirá comunicación electrónica al deudor y a los acreedores que hubiesen comunicado sus créditos y de los que conste su dirección electrónica, informándoles del proyecto de inventario y de la lista de acreedores, estén o no incluidos en la misma. La misma comunicación se publicará en el Registro Público Concursal. Los acreedores podrán solicitar a la administración concursal, igualmente por medios electrónicos, hasta tres días antes de la presentación del informe al Juez, que se rectifique cualquier error o que complementen los datos comunicados. La administración concursal dirigirá igualmente por medios electrónicos una relación de las solicitudes de rectificación o complemento presentadas al deudor y a los acreedores, la cual será también publicada en el Registro Público Concursal. 2. La presentación al Juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificaciones y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado. Además, la administración concursal comunicará telemáticamente el informe a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento. 3. El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privados».

[19] ARIAS VARONA, 2016 (1), 1261-1262.

[20] ARIAS VARONA, 2016 (1),1262-1267.

[21] ARIAS VARONA, 2016 (1), 1267-1268. Pero *cfr.*, art. 96.1 LC.

[22] ARIAS VARONA, 2016 (1), 1268-1269.

[23] Artículo 96 LC: «1. Las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior. 2. La impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo

de los incluidos. 3. La impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos. 4. Cuando las impugnaciones afecten a menos del 20 por ciento del activo o del pasivo del concurso el juez podrá ordenar la finalización de la fase común y la apertura de la fase de convenio o de liquidación, sin perjuicio del reflejo que las impugnaciones puedan tener en los textos definitivos y las medidas cautelares que pueda adoptar para su efectividad. 5. Las impugnaciones se sustanciarán por los trámites del incidente concursal pudiendo el Juez de oficio acumularlas para resolverlas conjuntamente. Dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la última sentencia resolutoria de las impugnaciones, la administración concursal introducirá en el inventario, en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe las modificaciones que, en su caso, procedan y presentará al Juez los textos definitivos correspondientes. Se harán constar expresamente las diferencias entre el inventario y la lista de acreedores inicialmente presentados y los textos definitivos, así como relación de las comunicaciones posteriores presentadas y las modificaciones incluidas y otra actualizada de los créditos contra la masa devengados, pagados y pendientes de pago, con expresión de los vencimientos respectivos, todo lo cual quedará de manifiesto en la secretaría del juzgado. En el momento de la presentación al Juez del informe con las modificaciones y la relación de créditos contra la masa, la administración concursal comunicará telemáticamente estos documentos a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento. 6. Todas las impugnaciones deberán hacerse constar, inmediatamente después de su presentación, en el Registro Público Concursal. Igualmente, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que hubiere finalizado el plazo de impugnación, se publicará en dicho Registro una relación de las impugnaciones presentadas y de las pretensiones deducidas en cada una de ellas».

[24] ARIAS VARONA, 2016 (2), 1270-1271.

[25] Desde la reforma operada por el Real Decreto-ley 3/2009, el plazo de impugnación es único (10 días) pero su inicio se computa en forma diversa según si quien pretende la impugnación está personado en el procedimiento o no. En el primer caso, se cuenta desde la notificación en el domicilio proporcionado a efectos de notificaciones (art. 95.2 LC). En el segundo, desde la última de cualquiera de las publicaciones previstas en el artículo 95 LC, incluyendo la complementaria (ARIAS VARONA, 2016 (2), 1277).

[26] ARIAS VARONA, 2016 (2), 1271 a 1274. La legitimación para ser parte en el concurso (en todas sus secciones) se atribuye de forma automática, sin necesidad de comparecencia en forma, al deudor y a la administración concursal. Además serán citados como parte en el proceso el FOGASA y, en alguna sección el MF. La comparecencia en forma (su personación) de acreedores y demás interesados no les atribuye la condición de parte, sin perjuicio de que les sean notificadas todas las Resoluciones que se vayan dictando. En cuanto al concepto de interesado, la LC no lo precisa, debiendo ser apreciado en cada caso concreto. "De este modo *el deudor puede ser considerado interesado a efectos de impugnar el inventario y la relación de acreedores* (AAP de Las Palmas, Sección 4.ª, de 30 de noviembre de 2010)… Esa aptitud potencial o abstracta para ser uno de los legitimados en la impugnación exige, para convertirse en una aptitud real y efectiva que le dote de la oportuna legitimación, un añadido: que los extremos objeto de impugnación supongan, para el impugnante, algún tipo de perjuicio o gravamen, aunque no sea necesariamente directo, real y actual, sino también, como consecuencia de la amplitud de la expresión utilizada, indirecto, potencial o futuro (AAP de Madrid, Sección 28.ª, de 4 de diciembre de 2008)". "El deudor es parte en todas las secciones e incidentes del concurso, *y todas las demandas incidentales han de ser dirigidas frente a él. De este modo, aun cuando la relación de acreedores y el inventario de bienes sea confeccionado por la administración concursal, el deudor ostenta legitimación pasiva en los incidentes que los acreedores formulen contra dichos listados, en cuanto interesado en el resultado de esas impugnaciones. Ahora bien, el hecho de que el deudor ostente interés directo y por tanto legitimación pasiva en todos los incidentes concursales no conlleva que ostente legitimación activa para la presentación de cualquier incidente frente a la lista de acreedores o inventario de bienes y derechos, sino solo en aquellos en los que sea titular de la relación jurídica u objeto litigioso en los términos establecidos en la LEC artículo 10"* (DÍAZ ÁLVAREZ, 2014, 234-235).

[27] ARIAS VARONA, 2016 (2), 1274 y 1275.

[28] ARIAS VARONA, 2016 (2), 1275 y 1276.

[29] En las Sentencias que resuelven el incidente se decide sobre las costas conforme al criterio general del vencimiento (art. 394 LEC). DÍAZ ÁLVAREZ, 2014, 263.

[30] ARIAS VARONA, 2016 (2), 1277 y 1278.

[31] *Cfr.*, ARIAS VARONA, 2016 (2), 1279.

[32] El artículo 96 bis prevé la posibilidad de presentar comunicaciones tardías de créditos, una vez concluido el plazo de impugnación y hasta la presentación de los textos definitivos. Los artículos 21, 85 y 92 de la LC se refieren a la comunicación regular de los créditos y a las consecuencias de su comunicación tardía. Según el artículo 21.1.5.º y 85 de la LC la comunicación debe producirse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto de declaración de concurso. La falta de comunicación en este plazo determina la subordinación del crédito por comunicación tardía, salvo ciertos supuestos (art. 92.1.º LC). Si la comunicación se produce en el plazo indicado en el artículo 96 bis, el reconocimiento del crédito será como subordinado de acuerdo con el artículo 92.1.º LC, salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificará según su naturaleza. La administración concursal resolverá sobre estas comunicaciones en la lista de acreedores definitiva. Se permite formular oposición a esta decisión, por los trámites del incidente, dentro de los diez días siguientes a la puesta de manifiesto de los textos definitivos. Esta oposición no impide la apertura de la fase de convenio o liquidación (ARIAS VARONA, 2016 (2), 1280-1283).

[33] No obstante, la propia LC prevé excepciones al carácter definitivo e inmutable de la lista de acreedores, aparte de la posibilidad que tienen quienes no hubieran impugnado la lista de acreedores, de recurrir contra las modificaciones realizadas en el texto definitivo al resolver otras impugnaciones. Dichas excepciones están recogidas en el artículo 97.3 LC, que no contiene una enumeración cerrada sino abierta al referirse a los demás supuestos previstos en la Ley. Según el artículo 97.3 LC, el texto definitivo puede alterarse en cuatro casos, señaladamente, cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis LC. También (art. 97.3.4.º LC) cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía. Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1.º LC (art. 97.3.4.º.II LC). El artículo 97.4 LC hace referencia a la posibilidad de que haya de modificarse con posterioridad a la elaboración de la lista definitiva, el titular del crédito, supuesto en que se parte del mantenimiento de la clasificación correspondiente al acreedor original, si bien se establecen algunas reglas especiales. Los artículos 97 bis y 97 ter resuelven los problemas procedimentales surgidos como consecuencia de la posible modificación de los textos definitivos. El artículo 97 bis fija el procedimiento para la modificación de la lista. Este procedimiento queda reservado a cualquier alteración de los textos definitivos que no sea consecuencia de la posibilidad de comunicación tardía contemplada en el artículo 96 bis. «La razón es que la modificación de la lista provisional tiene su propia vía (formal o informal, a través de la impugnación y el correspondiente incidente) y otro tanto sucede con la comunicación tardía, cuyo trámite procedimental se regula en el precepto específico [artículo 96 bis LC]. La modificación puede solicitarse antes de que se apruebe el convenio (arts. 109 y 130 LC) o el informe final de liquidación (art. 152 LC) o de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa (art. 176 bis). El carácter abierto de la lista de acreedores prácticamente hasta el fin del procedimiento exige una norma que resuelva los efectos que una modificación ulterior de la lista puede tener en el propio procedimiento, y a ello se destina el artículo 97 ter. El procedimiento se verifica mediante solicitud a la administración concursal de la modificación pretendida, justificando lo pedido (arts. 97.3 y 4 LC). La administración, recibida la solicitud, debe informar al Juez por escrito, informe que puede ser favorable o desfavorable. En el segundo caso, el Juez debe rechazar la modificación, en cuyo caso el solicitante puede promover un incidente concursal en los diez días siguientes, en el cual se resolverá definitivamente sobre la petición (art. 192 y sigs. LC). Si el informe es favorable, se da traslado a las partes personadas por un plazo de diez

días. Si no se formulan alegaciones, o formuladas, no son contrarias a la admisión, el Juez acordará la modificación mediante auto, sin posibilidad de recurso. En otro caso, el auto del Juez será susceptible de apelación. De acuerdo con el artículo 97 ter, la tramitación de la solicitud no impedirá la continuación de la fase de convenio o de liquidación. A petición del solicitante, el Juez del concurso, cuando estime probable el reconocimiento, podrá adoptar las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad. La modificación acordada del texto definitivo de la lista de acreedores no afectará a la validez del convenio que se hubiere podido alcanzar o de las operaciones de liquidación o pago realizadas antes de la presentación de la solicitud o tras ella hasta su reconocimiento por resolución firme. No obstante, a petición de parte, el Juez podrá acordar la ejecución provisional de la resolución a fin de que: 1.º Se admita provisionalmente la modificación pretendida en todo o en parte a los efectos del cálculo del voto del artículo 124 LC. 2.º Que las operaciones de pago de la liquidación o convenio incluyan las modificaciones pretendidas. No obstante, estas cantidades se conservarán depositadas en la masa activa hasta que *sea firme la resolución que decida sobre la modificación pretendida, salvo que se garantice su devolución por aval o fianza suficiente* (ARIAS VARONA, 2016, (3), 1283-1296).

[34] DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, VEGAS TORRES, 2000, 514.

[35] Pero «… no ocurre así con la administración concursal, *que no necesita la intervención de procurador para la realización de actuaciones dentro de las fases del proceso. Así, no necesita estar representada por procurador para… la contestación de los incidentes que se interpongan frente a ella.* Por el contrario, para el ejercicio de acciones fuera de los autos del proceso concursal, la administración concursal sí necesita la representación por medio de procurador». *Sí necesita, en cambio, la asistencia letrada en los incidentes y recursos*, «lo que ha de tenerse en cuenta en el supuesto de que el administrador concursal no sea un abogado, lo que en principio exigiría que el administrador concursal necesitara de uno, si no hubiera nombrado un auxiliar delegado que tuviera la condición de abogado. En la práctica los jueces de lo mercantil *suelen permitir que la contestación a los incidentes que versen sobre la impugnación del inventario o de la relación de acreedores se efectúen por el administrador concursal aunque no sea Letrado*» (DÍAZ ÁLVAREZ, 2014, 235-236).

[36] En efecto, la LC determina que tienen la consideración de crédito contra la masa las costas y gastos ocasionados en todas las secciones del concurso hasta su conclusión, citando ejemplificativamente, entre otros, los gastos derivados de asistencia letrada y representación por procurador del concursado durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa (como sería el caso de la impugnación de una cláusula por abusiva). Como señala el AJM núm. 3 de Barcelona, de 24 de febrero de 2005, los créditos de los abogados del deudor concursado tienen la consideración de créditos contra la masa (art. 84.2.3.º LC) estando sometidos al régimen de impugnación previsto en el artículo 154.2 LC respecto del resto de créditos contra la masa.

[37] «Respecto a la naturaleza jurídica de la administración concursal, la doctrina ha desarrollado distintas teorías, dada la dificultad que entraña su conceptualización debido a las amplias y variadas funciones que la administración concursal desempeña. Inicialmente se consideró a los administradores concursales como *representantes de los acreedores,* que actuaban en interés de estos. Esta teoría ha sido superada puesto que los administradores concursales actúan en interés no solo de los acreedores sino en el de todos los participantes en el concurso, incluido el deudor. Tampoco prosperó la consideración de la naturaleza de la administración concursal como *representante del deudor,* apoyada en que aquella actúa en nombre del concursado, vinculando directamente su patrimonio. También se defendió la teoría orgánica que contempla a la administración concursal como *órgano de la masa activa*, considerando esta como un patrimonio separado e independiente. Las últimas teorías, hoy consolidadas en países como Alemania e Italia, giran en torno al *concepto de «oficio»,* asumiendo que el administrador concursal actúa en nombre propio y que sus actuaciones surten efecto en el patrimonio del deudor, por ser aquel titular de un oficio cuyas facultades se ordenan a la consecución de los objetivos del concurso, al interés del concurso. *Este oficio tiene naturaleza privada, aunque su desempeño persigue el interés público*» (SALGADO GONZÁLEZ, 2014, 131).

[38] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 1-2.

[39] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 3-5.

[40] El procedimiento de jura de cuentas no permite al Letrado de la Administración de Justicia controlar de oficio la eventual existencia de cláusulas abusivas en el contrato celebrado entre el abogado y su cliente o la concurrencia de comportamientos comerciales desleales de dicho profesional en cuanto a la información previa sobre el precio estimado de sus servicios y, por otro lado, limita la posibilidad del cliente demandado de aportar pruebas distintas de la documental o pericial para impugnar la cuantía reclamada. Se cuestiona así la conformidad del procedimiento con el artículo 47 de la Carta, en la medida en que el decreto que adopta el Letrado para poner fin al procedimiento, cuando el deudor no paga voluntariamente la cantidad reclamada y formula impugnación, no es susceptible de recurso judicial, pero permite que el abogado inste directamente el apremio por el importe fijado (arts. 34.2 y 35.2 LEC).

[41] Denominado Letrado de la Administración de Justicia a raíz de la LO 7/2015, de 21 de julio.

[42] Pues con arreglo al Derecho español, se trata de un mero funcionario al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia, como resulta del artículo 440 LOPJ, y dado que los procedimientos en que ejerce sus funciones han sido calificados de administrativos, y no de judiciales, por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en Sentencia 4/2011, de 28 de septiembre de 2011, en relación con un expediente de jura de cuentas, así como por el TC en el auto 163/2013, de 9 de septiembre de 2013, y en la Sentencia 58/2016, de 17 de marzo de 2016.

[43] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 5-6.

[44] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 6-8.

[45] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 8.

[46] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 8-9. «Además, como indica la Abogada General en el parágrafo 144, la Comisión Europea destaca que «a lo sumo en el caso de que el contrato de prestación de servicios fuera oral podría ser imprescindible contar con la posibilidad de que se practicasen otro tipo de pruebas, como la testifical,… No obstante la Comisión entiende que, a la luz de la jurisprudencia dictada por el TC español en la materia, las disposiciones de la LEC podrían interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión en la medida en que, en casos justificados, las facultades de control de los secretarios judiciales pudieran ir más allá del examen de la prueba documental, incluyendo la declaración de testigos». (DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, nota 8).

[47] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 10-11.

[48] DOMÍNGUEZ RUIZ, 2016, 11.

[49] A pesar de lo dispuesto en el artículo 1 de la LEC, que recogería el principio de legalidad procesal, la doctrina procesalista ha entendido que los «principios generales del Derecho (en especial, los constituidos por postulados elementales de justicia) son fuentes del Derecho Procesal (y del Derecho objetivo, en general) de más elevada categoría que la ley positiva, a la que… pueden acabar corrigiendo» (DE LA OLIVA, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, VEGAS TORRES, 1999, 127). Por otro lado, la doctrina jurisprudencial (en este caso emanada del TJUE en aplicación de la Directiva 93/13), entendida no como las creaciones jurídicas (sentencias) del Juez ante casos concretos, sino como «abstracción intelectual realizada a partir de decisiones singulares» que opera sobre los ingredientes jurídicos de las *rationes decidendi* y sobre los datos fácticos de los casos, prescindiendo del elemento prudencial propio de cada juicio, tendría una eficacia indirecta y ejemplar que revestiría las siguientes manifestaciones: «un resultado interpretativo de la ley (esto es lo más frecuente): aquí se incluye la utilización de la *analogía;* una directriz de interpretación de la ley, conforme a los principios generales del Derecho …; una rectificación de normas positivas, basada en principios generales del Derecho; *soluciones a lagunas legales a partir de los referidos principios*» (*op. cit.,* pp. 133-134). *Además, como señala la STJUE de 21 de abril de 2016, Sala Tercera, «al aplicar el Derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva… para alcanzar el resultado que esta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 288 TFUE, párrafo tercero. Esta obligación de interpretación conforme del Derecho nacional es inherente al régimen del TFUE, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión al resolver los litigios de que conozcan».*

2. DERECHO MERCANTIL

Crónica de las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS al TJUE sobre vencimiento anticipado e intereses moratorios

Chronicle of References for Preliminary Rulings Submitted to the CJEU by the Supreme Court Regarding Acceleration and Default Interest

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: El Tribunal Supremo, en sendos Autos de 8 de febrero y 22 de febrero de 2017, plantea cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la correcta interpretación para su adecuación al Derecho de la Unión Europea de las consecuencias que se han de seguir en los casos de nulidad por abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado y de intereses de demora.

ABSTRACT: In an order of 8 February 2017 and another of 22 February 2017, the Supreme Court asked the Court of Justice of the European Union for preliminary rulings on the correct interpretation of the consequences ensuing in cases of acceleration clauses and default interest clauses held to be abusive, to ensure that said consequences conform to European Union law.

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Nulidad. Cláusulas de vencimiento anticipado. Intereses moratorios.

KEY WORDS: Contract law. Nullity. Acceleration clauses. Default interest.

SUMARIO: I. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO.—II. LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS.—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota y la ejecución hipotecaria por impago de cuatro cuotas, fue resuelta

(entre otras) por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 175/2014 de 14 de mayo de *(JUR* 2014, 145294), con el siguiente razonamiento:

> «*La falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización.*
>
> *La jurisprudencia se ha inclinado tradicionalmente, con base en el artículo 1255 del Código Civil, por considerar válidas las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concurra justa causa, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo (en esta línea se manifiestan las SSTS de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008).*
>
> *El problema se plantea en relación con los contratos de larga duración, como es el que nos ocupa: un contrato de préstamo a devolver en un plazo de treinta años.*
>
> *El Tribunal de Justicia de Unión Europea estudia esta cuestión en la repetida Sentencia de 14 de marzo de 2013 y en la que concretan los parámetros a los que el Juez nacional ha de atender: «En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».*
>
> *Precisamente, con el fin de incorporar esta doctrina a nuestro ordenamiento positivo en materia de ejecución hipotecaria, la Ley 1/2013, de 14 de mayo de (RCL 2013, 718), dio nueva redacción al artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), cuyo apartado 2.º dice: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».*
>
> *La entidad recurrente afirma que se ha limitado a resolver el contrato ante el incumplimiento reiterado por parte del prestatario, y, más concretamente, ante el impago de cuatro cuotas, las que se devengaron desde junio a septiembre de 2012, por lo que no se aprecia ninguna aplicación abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, a lo que se añade que la ejecutada tiene a su alcance la posibilidad que le brinda el artículo 693.2 LEC, para liberar el bien mediante la consignación de las cantidades adeudadas.*

Sin embargo, ni la aplicación que pudiera hacer la entidad financiera purifica el eventual carácter abusivo de la cláusula, ni en todo caso la aplicación que efectivamente ha realizado la entidad «NCG Banco, S.A.» respeta el control de abusividad.

Es verdad que el pago de las cuotas constituye la obligación esencial del deudor en el contrato de préstamo, como también que el pacto que autoriza la Resolución anticipada del contrato a instancia de una de las partes por incumplimiento de la obligación de satisfacer las cuotas estipuladas es, en abstracto, admisible dentro del ámbito de autonomía de las partes al contratar (art. 1255 del Código Civil).

Mas en el caso enjuiciado esta facultad no está prevista exclusivamente para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

El tenor literal de la cláusula es terminante: la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de las cuotas, incluyendo todos los conceptos que las integran, es suficiente para desencadenar, a voluntad de la prestamista, el vencimiento anticipado. Y ello con independencia de si el incumplimiento afecta a una o a más cuotas, si es total o parcial, si afecta al principal o a los intereses, si se produce al principio del periodo contractual o más avanzado el mismo…

De este modo, no es que la facultad se reconozca únicamente al empresario (lo que de por sí justificaría la apreciación de una desproporción entre las partes), sino que se reconoce con base en cualquier incumplimiento, tenga o no la consideración de grave en atención a la cuantía y duración del préstamo, lo que resulta manifiestamente desproporcionado y, en consecuencia, abusivo (cfr. el art. 85.4 TRLCU y artículo 3 de la Directiva 93/13).

Esta conclusión no queda desvirtuada ni por el hecho de que el artículo 693.2 LEC, en su actual redacción, exija un mínimo de gravedad al incumplimiento, ni porque la entidad financiera haya aguardado, en el caso concreto, a que el deudor dejara de abonar cuatro cuotas mensuales.

Es más, la misma reforma legal, al exigir unos requisitos mínimos, hace patente que la cláusula era abusiva, y, en todo caso, no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, pero ello no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible del control de abusividad.

A mayor abundamiento, en el presente caso nos encontramos con que, ascendiendo el importe del préstamo a 100.000 euros y fijándose un periodo de devolución de treinta años, en 360 cuotas mensuales, el prestatario fue atendiendo el pago de las sucesivas cuotas desde la primera, vencida el 1 de julio de 2008, hasta la correspondiente al mes de mayo de 2012, inclusive, desatendiendo los vencimientos de junio, julio, de agosto de y septiembre, momento en que, con fecha 18 del citado mes, la entidad financiera procedió al cierre de la cuenta, es decir, después de que se pagaran 47 cuotas y se dejaran de pagar 4 cuotas, de un total de 360 cuotas.

Es más, las 4 cuotas insatisfechas importaban un capital de 1.285,34 euros y unos intereses ordinarios de 2.444,43 euros, frente al total del préstamo, ascendente a 100.000 euros, lo que supone un incumplimiento relativo de la obligación del 1,28% en lo que se refiere al principal.

> En estas condiciones la Sala concluye que nos hallamos ante una cláusula que impone al consumidor prestatario, o al menos permite imponerle, una sanción que resulta absolutamente desproporcionada en relación con la entidad del incumplimiento, que ciertamente existe, pero que se estima insuficiente para provocar la pérdida del plazo y determinar el vencimiento anticipado por la sola voluntad de la entidad prestamista».

Anteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª), en Auto de 15 de septiembre de 2015, razonó en idéntico sentido:

> «*En el supuesto presente, la entidad bancaria dio por vencido anticipadamente el contrato con el impago de ocho cuotas, si bien la redacción de la cláusula sexta bis permitía el vencimiento anticipado por el impago, en todo o en parte, de una cuota de capital o intereses.*
>
> *Partiendo pues de lo anteriormente expuesto, hemos de modificar el criterio que hasta ahora hemos venido manteniendo, en el sentido de que si la cláusula, en su redacción, es nula, y así debe predicarse de la anteriormente transcrita, en abstracto, puesto que el mero impago, aun parcial, por capital o intereses, faculta al vencimiento anticipado de todo el préstamo, aunque se haya ajustado el ejercicio del derecho a la norma legal hoy vigente (art. 693.2 LEC) tal derecho se apoya en una cláusula nula, por abusiva, con independencia de su aplicación o no, por lo que no ha de prosperar la ejecución, y procede, en definitiva, el sobreseimiento del presente procedimiento de ejecución hipotecaria y la confirmación de la Resolución recurrida. No podrá hacerse uso de tal cláusula, declarada nula, en orden a la declaración de vencimiento anticipado de la totalidad de lo debido, sin perjuicio, obviamente, de las demás vías de reclamación que resulten pertinentes, que no impliquen la aplicación de dicha cláusula*».

Ciertamente, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017 asunto C-421/14, en reiteración de la doctrina del Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, ha venido recientemente a manifestar lo siguiente:

> «*La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional*».

En realidad, se ha afirmado que el TJUE no dio respuesta en su Auto de 11 de junio de 2015 a lo que motivó la cuestión prejudicial interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander, a saber, si el hecho de que el Banco esperara al impago de cuatro cuotas supusiera que el Juez debería declarar indebidamente resuelto el contrato por el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado que claramente preveía el mismo ante el impago de una sola cuota[1], entendiéndose por ello que el TJUE no sienta doctrina consis-

tente en que el Juez no tenga que despachar ejecución o haya de sobreseer una ejecución ante la existencia de una cláusula de vencimiento anticipado en el condicionado general[2].

En palabras de MARTÍN FABA (*vid., op. cit.*): «Lo más importante es que no se malinterprete esta Sentencia, porque el TJUE no está diciendo que el juez tiene la obligación de no despachar ejecución o sobreseerla porque la escritura contenga una cláusula de vencimiento anticipado por un impago, solo afirma que el hecho de que *"el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula"*. Y es que se debe tener en cuenta que los mecanismos de ejecución forzosa forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Cuestión distinta es que el TJUE hubiera resuelto la cuestiones prejudiciales interpuestas por el JPI núm. 1 de Fuenlabrada (Auto de 8 de febrero de 2016 [AJPI 1/2016 ECLI: ES: JPI: 2016:1.ª] o por el JPI núm. 2 de Santander (Auto de 8 de marzo de 2016 [JUR 2016, 54641]), que sí preguntan de manera tajante si la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015 es contraria la Directiva de cláusulas abusivas.

Con todo, creo que la STJUE de 26 de enero de 2017, al igual que el ATJUE de 11 de junio de 2015, servirá a muchos Juzgados y Audiencias para reforzar su postura de sobreseer procedimientos de ejecución o inadmitir despachos de ejecución en los que las escrituras prevén una cláusula de vencimiento anticipado por un impago, aunque el ejecutante en la práctica aguarde para vencer y demandar a una falta de pago que evidencie la morosidad manifiesta del deudor».

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Auto de 8 de febrero de 2017) ha razonado al respecto que en las Sentencias 705/2015, de 23 de diciembre de 2015 y 79/2016, de 18 de febrero de 2016, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

Igualmente, dicho Auto del Pleno del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, razona que tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

Al hilo de lo anterior, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (Auto de 8 de febrero de 2017), en el curso de la deliberación, votación y fallo de un recurso de casación interpuesto por Abanca Corporación Bancaria contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección primera, de 14 de mayo de 2014, en la que, entre otras, se declaraba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió dar traslado a las partes sobre el eventual planteamiento de una cuestión prejudicial de interpretación al TJUE, al amparo del artículo 4bis LOPJ. Tras las alegaciones de las partes, la sala ha resuelto plantear la cuestión prejudicial de interpretación conforme al artículo 267 TFUE.

En este contexto, las preguntas que formula el Tribunal Supremo al TJUE son, sintéticamente, las siguientes:

> «1. Si, en las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por cualquier impago de capital o intereses, resulta conforme al artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE apreciar la abusividad solo del inciso o pacto relativo al impago de una cuota (como acordó la Sentencia recurrida) manteniéndose la validez del pacto en los casos restantes. Es decir, sobre la posibilidad de separabilidad de los distintos elementos autónomos de una cláusula con varios enunciados.
>
> 2. Si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que la aplicación supletoria del derecho nacional, aunque determine el inicio o prosecución de un proceso de ejecución hipotecaria contra un consumidor, es más ventajoso para este que sobreseer dicho proceso y quedar expuesto a una ejecución ordinaria tras una Sentencia firme en un juicio declarativo».

En palabras del propio Tribunal Supremo, la duda, pues, consiste en si puede hacerse una declaración parcial de abusividad de una cláusula, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (*Teilbarkeit der klausel* o *blue pencil test)*. Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

Así dice el Tribunal Supremo que no tiene constancia de que esta cuestión haya sido resuelta por el TJUE y, por tanto, resultaría procedente que se pronunciara sobre la conformidad al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre la posibilidad de que un tribunal nacional, como este Tribunal Supremo, pueda, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, circunscribir el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula. Tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez «tachadas» las partes ineficaces; y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que es válido y eficaz.

Hasta que se despejen tales dudas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la actualidad, a nuestro juicio, si bien es cierto que no existe una gran claridad en los razonamientos del TJUE sobre el particular antes descri-

to, entendemos que la cuestión podría resolverse —en interpretación de dichos pronunciamientos del TJUE— en orden de no atender el despacho de ejecución solicitado o sobreseer la ejecución en curso en el caso de la existencia de una cláusula que prevea la posibilidad de vencimiento anticipado por el mero impago de una cuota, aunque no es menos cierto que en realidad y en puridad la solución debería venir dada precisamente por la aplicación del derecho supletorio al respecto, es decir, por la esencialidad del incumplimiento que ha de fundamentar el vencimiento anticipado del préstamo con independencia del formalismo de la redacción del clausulado que pueda prever la posibilidad ante el impago de una sola cuota.

Sinceramente, estimamos que la respuesta que ofrezca el TJUE a las cuestiones prejudiciales que sobre el vencimiento anticipado plantea el Tribunal Supremo en su meritado Auto de la Sala del Pleno de 8 de febrero de 2017 deberían arrojar luz a la cuestión relativa a si puede iniciarse o proseguir una ejecución en los supuestos en que en el condicionado general exista la posibilidad de vencimiento anticipado por el solo hecho del impago de una cuota aunque en realidad la entidad ejecutante se haya aquietado en su actuación hasta la consideración de esencialidad en el incumplimiento para justificar su actuación.

Hasta la aclaración de lo anterior por parte del TJUE, entendemos adecuado el criterio que se está siguiendo en bastantes juzgados suspendiendo la ejecución en cuestión. A estos efectos, consideramos aplicable la doctrina de Tribunal Constitucional, en ocasiones similares, en los supuestos en que la ejecución conlleva el embargo y adjudicación a un tercero de buena fe de ciertos bienes inmuebles o el desalojo de viviendas o locales de negocio y, en general, la transmisión del dominio sobre aquellos, con la consiguiente consolidación de una posición jurídicamente inatacable o de muy difícil y costoso restablecimiento, ha admitido la viabilidad de «*suspender la ejecución de aquellas Resoluciones judiciales que impliquen la continuación de la vía de apremio con la consiguiente subasta judicial en ciertos supuestos excepcionales, cuando conlleven la desposesión de bienes embargados y su adquisición por un tercero puede producir situaciones irreversibles o de muy difícil vuelta a la situación anterior*» (así, por todos, en AATC 220/2008, de 14 de julio, FJ 2; 64/2009, de 23 de febrero, FJ 2, entre otros).

II. LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1360):

> «*…se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real 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…*».

Ahora bien, para llegar a la fijación de dicha doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo razona las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo, sobre la base de los siguientes razonamientos:

> «Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo
>
> 1. El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE (LCEur 1993, 1071), que los jueces na-

cionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.

Así lo ha afirmado en las Sentencias de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C-485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que si el Juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el Juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la Sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

2. En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el Juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus Sentencias de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 33.

> 3. El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la Sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la Sentencia de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al Juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.
>
> 4. La conclusión que se extrae de las Sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el Juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el artículo 1258 del Código Civil (LEG 1889, 27), salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Este criterio fue seguido por las Sentencias del Tribunal Supremo 79/2016, de 18 de febrero de 2016, y 364/2016, de 3 de junio de 2016[3].

A causa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1360) ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en su momento[4] concluyendo lo siguiente: «En función de lo expuesto, no estimamos adecuada la solución a la que llega la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 ya que efectúa un recálculo de intereses moratorios considerados abusivos a partir del concepto del interés remuneratorio.

En nuestra opinión, la actuación correcta en este tipo de situaciones es el recurso a la aplicación del derecho supletorio nacional que nos ofrece el artículo 1108 del Código Civil, a saber, el interés legal del dinero, en defecto de pacto de intereses moratorios por ambas partes, solución integradora que ha de prevalecer sobre una interpretación integradora del contrato en la que se basa

dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015, debido al carácter imperativo que asume el derecho dispositivo en contratación con consumidores y usuarios. Esta actuación no la consideramos contraria a Derecho, ya que ni hace prejuzgar al Juez nacional sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni implica que pueda dejar sin efecto a la misma.

Otras cuestiones serían las reflexiones que se pudieran realizar sobre el propio carácter del interés legal del dinero, el desincentivo a la introducción de cláusulas abusivas sobre intereses moratorios y las actuaciones de contratación propias del sector al que pertenecen normalmente este tipo de cláusulas, que sin duda deberían llevar a nuestro legislador a reconsiderar todos estos tipos de intereses a los que hace referencia la propia Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y como no, el propio interés legal del dinero, pero *Qui prodest?*».

Igualmente, expusimos las opiniones doctrinales existentes al respecto: «Una primera postura aboga por sostener que eliminada la cláusula abusiva de los intereses moratorios (causante de un desequilibrio importante para el consumidor, en los términos del artículo 82.1 del TRLGDCU), la laguna aparecida debe colmarse mediante la aplicación del interés legal del dinero, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1108 y 316 del Código de Comercio, mientras que la otra opinión sostiene que dicha laguna contractual se salva mediante la aplicación de los intereses remuneratorios pactados, dado que reflejan mejor la voluntad de las partes, acudiendo para ello a la conocida interpretación integradora del contrato[5].

La discusión se plantea en primer lugar sobre la interpretación del artículo 1108 del Código Civil, como norma de derecho supletorio, sobre si esta se refiere o requiere la existencia de un pacto específico sobre los intereses moratorios (MIQUEL GONZÁLEZ), o bien, si se refiere a que el pacto específico requerido no es solo el de los intereses moratorios sino también puede ser el de los intereses remuneratorios (PANTALEÓN PRIETO)».

Las soluciones que se venían dando en la práctica por nuestros Juzgados, antes de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1360), venían siendo las siguientes, en palabras del propio Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017:

Algunos acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de demora), si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

Otros tribunales acordaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de demora, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, a los que se ha hecho referencia.

Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

Pues bien, la Sala de Pleno del Tribunal Supremo en su Auto de fecha 22 de febrero de 2017, plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el particular, en los siguientes términos:

> 1.ª Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de

interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?

2.ª Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?

3.ª En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?

El criterio del Tribunal Supremo que se deduce en este Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 en el planteamiento de esta cuestión prejudicial sobre el asunto de los intereses moratorios es que ante la abusividad de la cláusula de intereses de demora han de fijarse los mismos mediante la adición de dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios existentes no es contrario al Derecho de la Unión Europea; que los intereses remuneratorios han de pagarse al tener causa distinta de los moratorios para no incentivar la falta de cumplimiento de los deudores y que no es aplicable el interés legal del dinero.

De nuevo, habremos de estar —una vez más— a la respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para poder clarificar este asunto relativo a los intereses moratorios.

III. EPÍLOGO

A nadie se le escapa que nuestro legislador debería afrontar una severa reforma legislativa de nuestro Ordenamiento Jurídico para adecuar, de una vez por todas, el mismo al acervo comunitario en materia de consumo, siendo por otro lado responsabilidad de nuestros Juzgados y Tribunales hacer también, de una vez por todas, una interpretación y aplicación de las normas jurídicas de conformidad con dicho acervo comunitario en materia de consumo, puesto que hemos tenido oportunidad de comprobar que en muchas ocasiones nuestro sistema judicial no termina con nuestro Tribunal Supremo, sino que hemos de mirar siempre al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien recientemente se está convirtiendo en auténtico garante de los derechos de los consumidores no reconocidos en la aplicación normativa en cuestión que se viene haciendo por nuestros Juzgados y Tribunales.

IV. BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ. Comentario a la STS Pleno de 3 de junio de 2016. «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios». www.uclm.es/centro/cesco.

ÁLFARO ÁGUILA-REAL. http://almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/, pueden encontrarse en: http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/ y http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/

MARTÍN FABA. Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017. https://www.uclm.es/

REDONDO TRIGO. Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 751, de septiembre de 2015.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Auto del Tribunal Constitucional 220/2008, de 14 de julio de 2008
- Auto del Tribunal Constitucional 64/2009, de 23 de febrero de 2009
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017
- Auto del TJUE de 11 de junio de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016
- Auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017
- Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 175/2014 de 14 de mayo
- Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) de 15 de septiembre de 2015

NOTAS

[1] *Vid.,* ÁLFARO ÁGUILA-REAL. http://almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/

[2] *Vid.,* MARTÍN FABA. Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017. https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/38/19.pdf

[3] *Vid.,* AGÜERO ORTIZ. Comentario a la STS Pleno de 3 de junio de 2016. «Los intereses moratorios que superen en dos puntos porcentuales a los remuneratorios también serán abusivos en los préstamos hipotecarios». www.uclm.es/centro/cesco.

[4] REDONDO TRIGO. Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión

Europea de 11 de junio de 2015, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751, de septiembre de 2015.

[5] La exposición de estas posturas expuestas por los Profesores MIQUEL GONZÁLEZ, PANTALEÓN PRIETO y ALFARO ÁGUILA-REAL, pueden encontrarse en: http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/ y http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/

3. URBANISMO

Las reservas de aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad

The building rights reserves and their registering in the Land Registry

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: Las reservas de aprovechamiento y su acceso al Registro de la Propiedad son objeto de la Resolución de 22 de julio de 2016, la cual acertadamente reconoce su recepción implícita en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, al ocuparse en su artículo 39 de la posibilidad de apertura de folio registral independiente al aprovechamiento subjetivo reconocido a los propietarios de suelos afectos a redes públicas que son objeto de obtención ya sea por expropiación forzosa a cambio de finca futura, ya sea por ocupación directa, lo cual, por otro lado, revela el verdadero alcance de la regulación contenida al respecto en la Ley aplicada en el caso por ella tratado, la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, destacable no tanto por su alcance novedoso, realmente menor, sino, más bien, por ofrecer una exposición unificada en su artículo 79 de una de las manifestaciones de tales procedimientos.

ABSTRACT: The building rights and their registering in the Land Registry are analized by the decision of 22 July 2016, which rightly acknowledges it is implicitly allowed by the Royal Decree 1093/1997. It's article 39 allows the independient registration of the building rights which belong to owners of lands affected by public networks which are subject to acquisition either via expropriation in exchange for a future plot or via direct occupation.This fact, on the other hand, reveals the exact extend of the regulations contained in the Act 5/2014, of the Valencian Community, which stands out for contaning an unified regulation for one of the manifestations of such procedures.

PALABRAS CLAVE: Reserva. Aprovechamiento. Transferencia. Cesión. Dotacional. Inscripción.

KEY WORDS: Reserve. Building rights. Transference. Public networks. Registration.

SUMARIO: I. EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 2016.—II. LA RESERVA DE APROVECHAMIENTO PREVISTA EN LA LEY

5/2014, DE 25 DE JULIO, DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO, URBANISMO Y PAISAJE, DE LA COMUNIDAD VALENCIANA: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LAS RESERVAS DE APROVECHAMIENTO.—III. EL TRATAMIENTO REGISTRAL DE LAS RESERVAS DE APROVECHAMIENTO.

I. EL CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE JULIO DE 2016

El recurso que dio lugar a la Resolución comentada trae causa de la suspensión de la inscripción de una escritura de cesión a favor del Ayuntamiento de Valencia de una porción de suelo destinada a viales, escritura en la que no compareció este último y a la que no se unió documento alguno de aceptación por su parte, constando en ella, entre otras, la siguiente condición: «*El Ayuntamiento se compromete a computar la superficie ahora cedida para verificar en el futuro el cumplimiento de la normativa urbanística reguladora de la cantidad mínima de terreno de cesión a incluir en actuaciones urbanísticas que Don… o Doña… designen ante el Ayuntamiento, en el momento que consideren oportuno en beneficio propio o de terceras personas y hasta que dichas cesiones parciales totalicen la superficie cedida*».

La anterior escritura se presentó junto a una instancia en la que se solicitó la constancia registral de la reserva de aprovechamiento urbanístico que según la recurrente se pactaba en ella, señalándose como defectos impeditivos de la inscripción los siguientes:

a) La ausencia de certificación administrativa de la que resultara la aceptación municipal de la reserva de aprovechamiento urbanístico.
b) La falta de previsión expresa en la escritura de cesión de la reserva de aprovechamiento, a cuyo fin la obligación de la reserva de aprovechamiento exigiría la rectificación del título con el consentimiento del Ayuntamiento y de los herederos de los titulares así como la definición del aprovechamiento en unidades de aprovechamiento aprobadas.
c) La falta de trascendencia real de la obligación de ceder al Ayuntamiento la finca en cuestión por tratarse de una mera obligación personal y la consiguiente imposibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad de conformidad con el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Sucesivamente, la Resolución de 22 de julio de 2016 pasa a reiterar la posición de la Dirección General en relación con el aprovechamiento urbanístico[1] ya reflejada en Resoluciones de 23 de octubre de 2001, 30 de mayo de 2009, 14 de junio de 2011, 13 de abril de 2016 así como en la más reciente de 17 de marzo de 2017.

A estos efectos y aun no siendo objeto de cita en la Resolución por limitarla a las Sentencias de 22 de junio de 1981 *(RJ* 1981, 2728), 4 de mayo de 1982 *(RJ* 1982, 3114) y de 6 *(RJ* 1993, 1591) y 15 de marzo de 1993 *(RJ* 1993, 1778), ha de resaltarse la relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1987 (Ar. 5532) en la que se manifiesta el reconocimiento del impacto generado por la técnica urbanística a partir de la identificada como «*espiritualización, por decir mejor, la desmaterialización del derecho de propiedad, pues el suelo que pertenece a una persona es solo un dato para determinar el contenido del derecho*», lo que entronca con las citadas Resoluciones de 14 de junio de 2011 y de 13 de abril de 2016 cuando, como también efectúa la de 22 de julio de 2016, afirman que

«*nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede*».

Estas tres últimas Resoluciones dicen, así, que «*los aprovechamientos urbanísticos, por lo tanto, son bienes jurídicos de contenido patrimonial actual e independiente y no simples derechos expectantes que hayan de concretarse en un fundo determinado, siendo derechos perfectamente transmisibles de forma aislada*», de tal manera que, como resaltó la Resolución de 30 de mayo de 2009, «*el concepto de finca inscrita hoy en día no se limita a su descripción perimetral, sino que abarca también su edificabilidad*» dando lugar a lo que identificó como «*concepción moderna de finca*» hoy ya recibida en el ordenamiento estatal en materia de suelo, en concreto en el artículo 26.1.a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual se entiende por finca «*la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo*», a lo que se añade que «*cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral*».

De igual modo, la Resolución, en el Fundamento de Derecho Cuarto, se ocupa del régimen legal de las reservas de aprovechamiento en la Comunidad Valenciana, citando a tal efecto, en primer lugar, el artículo 77 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, Reguladora de la Actividad Urbanística cuya vigencia se mantuvo hasta el 1 de febrero de 2006, el cual dispone que «*procede la reserva de aprovechamiento, con motivo de una cesión de terrenos, cuando no dé lugar, directa e inmediatamente, a la adquisición de un excedente de aprovechamiento*», siendo preciso, en tal caso, la aprobación por la Administración urbanística así como la constancia en el Registro de la Propiedad junto a la transmisión de la que traiga causa.

Por su parte, la Ley 16/2005, de 30 de octubre, Urbanística Valenciana, mantuvo en su artículo 186 la anterior regulación finalmente trasladada al artículo 79 de la vigente Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, no haciéndose referencia a la necesidad de hacer constar en la inscripción la transmisión de la que trajera causa la reserva de aprovechamiento.

Sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, en el Fundamento de Derecho Quinto sostiene la Resolución que, aun no contempladas las reservas de aprovechamiento en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, «*cabe enmarcarlas en los supuestos en que permite que el aprovechamiento se inscriba como finca especial disgregado del suelo del que procede y mediante apertura de folio independiente en el artículo 39*», siendo sus requisitos los mismos que en las transferencia, es decir, escritura pública y aprobación administrativa, y, en su caso, inscripción en el Registro administrativo. A su vez, el objeto de la escritura es el aprovechamiento determinado en unidades de aprovechamiento.

Efectúa la Resolución una consideración sobre la falta de previsión legal de la reserva de aprovechamiento, lo que «*no impide que esté generalmente admitida la posibilidad de que la transferencia de aprovechamiento, por imposibilidad actual, deba efectuarse en un futuro, teniendo mientras tanto quien deba recibir el aprovechamiento un derecho a su posterior consolidación*», de tal manera que «*aunque no se utilice el término reserva o aprovechamiento, si del contenido de la escritura resulta claramente que lo que se pacta es una reserva de aprovechamiento podría practicarse la inscripción*». Para lo cual es preciso, según queda ya dicho,

la expedición de «*certificación administrativa que reconozca la reserva en concretas unidades de aprovechamiento, en correspondencia al suelo que resta por compensar, debidamente calculado, con referencia a la escritura de cesión original*».

De igual modo, a conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, a diferencia de las circunstancias del título y de los asientos en el caso de las transferencias de aprovechamiento, sostiene la Resolución que en el caso de la reserva de aprovechamiento difiere el régimen de inscripción pues «*quedará pendiente de especificarse si se trata de actuaciones futuras y en el caso de que se determine el destino del aprovechamiento al tiempo de pactar la reserva, deberá dejarse a salvo siempre el respeto de los criterios legales de los procesos equidistributivos, ya que (…) será en la ulterior fase de ejecución/gestión del plan general que se concretará el mecanismo equidistributivo que haya de hacer efectivo el aprovechamiento reconocido*».

Lo cual supone, sigue diciendo más adelante la Resolución, que, de un lado, «*cuando la reserva se materialice, es decir cuando se efectúe la transferencia, será el momento en que deban cumplirse los requisitos en cuanto a determinación*» que resultan del citado artículo 34, y, de otro, que «*para que la reserva pendiente de materializar tenga acceso al Registro es precisa la inscripción simultánea de la cesión y de la reserva, haciéndose constar en el folio abierto a esta la transferencia o transferencias ya efectuadas de forma que quede concretado el resto de reserva pendiente de ejecución*».

En el Fundamento de Derecho Noveno y en relación con la aludida ausencia de trascendencia real, la Resolución rechaza su mantenimiento por cuanto «*lo que se pretende es causalizar la obligación contenida en el contrato de cesión, "el Ayuntamiento se compromete a computar la superficie ahora cedida para verificar en el futuro el cumplimiento de la normativa urbanística reguladora de la cantidad mínima de terreno de cesión a incluir en actuaciones urbanísticas que don J. O. T o doña A. R. R. G designen ante el Ayuntamiento…", lo que en realidad se eleva a público es la transmisión de la reserva de aprovechamiento constituida, y conforme se ha señalado anteriormente el aprovechamiento reservado es susceptible a su vez de posteriores negocios jurídicos de transferencia o de gravamen. Así se señala expresamente en la disposición tercera de la escritura*».

Por fin, en el Fundamento de Derecho Décimo se dice que «*una vez autorizada la reserva de aprovechamiento por el Ayuntamiento (…) no procederá la posterior aprobación de la transferencia*» y que la «*reserva supone una situación transitoria en la que se reconocen los derechos de su beneficiario pero que está pendiente de ejecución en una concreta finca*», en cuyo momento «*se ejecutará la transferencia que tendrá las características previamente aprobadas en la reserva, por lo que su concesión por el Ayuntamiento supone un consentimiento anticipado a la transferencia posterior*».

Así resulta claramente del segundo inciso del apartado 2 del citado artículo 79 que dispone: «*El ayuntamiento (…) no podrá oponerse a la ulterior transferencia si, en su día, aceptó la reserva*».

Concluye por fin la Resolución afirmando que «*una vez acreditada la aprobación de la reserva e inscrita, esta podrá ser objeto de negociación y por lo tanto de transmisión sin necesidad de nueva autorización pues es un derecho ya adquirido por el beneficiario de la reserva*», citando al efecto lo dispuesto por el apartado 3 del artículo 79 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, según el cual «*la reserva se inscribirá en el Registro de la Propiedad. El titular de ella podrá enajenar o hipotecar los aprovechamientos incluso para financiar su adquisición*».

II. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LAS RESERVAS DE APROVECHAMIENTO

1. Consideración inicial

Si algo revela la regulación que sobre las reservas de aprovechamiento[2] se encuentra recogida en la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje de la Comunidad Valenciana, es la labor del legislador autonómico consistente en sistematizar aquellos supuestos vinculados a la obtención de los suelos afectos a redes públicas en los que, como bien afirma la Resolución de 22 de julio de 2016, se produce un reconocimiento necesariamente transitorio de un aprovechamiento urbanístico bien a favor del titular de tales suelos que accede a su cesión gratuita, bien de la Administración urbanística cuando, por el contrario, accede a su propiedad por título oneroso.

En todo caso, cabe decir que respecto de la regulación general contenida en los textos legales de origen estatal que dieron carta de naturaleza al aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, la regulación en cuestión no aporta nada nuevo más allá de la indicada sistematización pues su alcance quedaba implícitamente recogido también en aquellos textos así como en las sucesivas leyes autonómicas que se mantuvieron, en este concreto aspecto, dentro del mismo modelo legal.

De lo que se trata, por lo tanto, es de categorizar bajo la expresión general de reserva de aprovechamiento los distintos supuestos en los que el aprovechamiento alcanza entidad jurídica propia como objeto de derecho, para lo cual se toma como punto de partida principal y causa de su configuración como tal el presupuesto urbanístico de operar sobre suelos afectos a redes públicas cuya obtención anticipada se precisa.

2. Régimen urbanístico de las reservas de aprovechamiento

En este sentido, en efecto, la regulación autonómica valenciana sobre las reservas de aprovechamiento pone de manifiesto las siguientes cuestiones:

a) La razón de ser de la configuración transitoria de la reserva de aprovechamiento queda siempre vinculada a la obtención de suelos afectos a redes públicas, lo cual, como dispone el artículo 78.3, queda sucesivamente relacionado con su desenvolvimiento posterior como transferencia de aprovechamiento que puede aplicarse tanto a actuaciones aisladas como integradas.

b) Según el artículo 79.1 de la Ley valenciana, la reserva de aprovechamiento opera a favor del cedente del suelo afecto a redes públicas cuando tiene lugar a título gratuito, a favor de quien sufrague el justiprecio expropiatorio o, en fin, a favor de quien, pese a tener derecho a su percepción, renunciara a ello.

c) Así, el caso de la cesión gratuita es el que se corresponde con la obtención de los suelos por ocupación directa según establece el apartado 6 del artículo 79 y los dos restantes el propio del procedimiento expropiatorio a que se refiere el apartado 5 precedente, siendo admitida la modalidad de expropiación con pago en especie por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su articulación a través de convenios expropiatorios[3].

d) De la indicada posibilidad de renuncia unilateral del expropiado al cobro del justiprecio se ocupa seguidamente el apartado 5 del artículo 79 al decir, en relación con los terrenos reservados a dotaciones públicas de red primaria o secundaria, que «*el expropiado podrá hacer reserva del aprovechamiento urbanístico que, en su caso, tengan atribuidos, como pago del justiprecio, siendo dicha reserva de aplicación preferente al ámbito al que esté adscrita o funcionalmente vinculada la dotación pública en los términos previstos en la ley*», opción que de no ser ejercitada da lugar a que sea «*la administración expropiante quien tenga derecho a materializar los aprovechamientos que, en su caso, se deriven de los terrenos expropiados, subrogándose en los derechos y obligaciones del propietario inicial*»

e) Difiere en todo caso la posibilidad de renuncia al justiprecio que prevé la legislación valenciana de lo dispuesto en el artículo 43 del 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, según el cual la satisfacción del justiprecio en especie como regla general cabe si «*hay acuerdo con el expropiado*», contemplando a su vez la salvedad, más opuesta aun si cabe a la regulación autonómica, de que se aplique la expropiación en la gestión de las actuaciones sobre el medio urbano, en cuyo caso «*no será preciso el consentimiento del propietario para pagar el justiprecio expropiatorio en especie, siempre que el mismo se efectúe dentro del propio ámbito de gestión y dentro del plazo temporal establecido para la terminación de las obras correspondientes*».

f) De otro lado, la segunda de las posibilidades que ofrece el artículo 79.1, esto es, la reserva del aprovechamiento a favor de quien sufragara el justiprecio ya fuera la Administración expropiante o el beneficiario de la expropiación, es igualmente expresión, en cuanto se tratara de la Administración, de lo dispuesto en el artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas[4]. En el caso del beneficiario cabe referirse con carácter general al beneficiario de la expropiación y, en cuanto atañe a los modos de gestión propios de la legislación valenciana, al agente urbanizador quien al costear la obtención de las redes públicas «*será (…) el legitimado para reservarse el aprovechamiento y transferirlo posteriormente*»[5].

g) Para la validez de la reserva de aprovechamiento requiere la Ley valenciana su aprobación por el Ayuntamiento o por la Administración expropiante, lo cual resulta al menos discutible por cuanto el ejercicio de la potestad expropiatoria es competencia propia de cada Administración y el reconocimiento de aprovechamiento a los suelos así obtenidos una consecuencia derivada de su tratamiento en el planeamiento urbanístico en función de que hubieran sido tenidos en cuenta en el cálculo del aprovechamiento, no, por lo tanto, de una decisión voluntarista de la Administración al respecto.

h) A estos efectos no puede perderse de vista los términos en los que la Ley valenciana, en sintonía con la regulación inicialmente prevista por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo[6], se ocupa del cálculo del aprovechamiento tipo y de la delimitación de las áreas de reparto, lo que, desde los criterios generales que fija el artículo 32, efectúa principalmente en su artículo 54.1 mediante la definición de un régimen cuya consecuencia más evidente consiste en que los suelos afectos a redes públicas integrados en áreas de reparto y, por ello mismo, considerados en el cálculo del

aprovechamiento son suelos con derecho a su reconocimiento, de igual modo que, a la inversa, los no tenidos en cuenta no pueden después, en la fase de gestión, ser acreedores a aprovechamiento salvo que así se hiciera con cargo al que por ministerio de la ley le corresponde a la Administración[7].

i) De igual modo, toda vez que, como se dice, la atribución de aprovechamiento a los suelos afectos a redes públicas constituye una consecuencia derivada de su tratamiento con motivo de su cálculo, no deja de sorprender que la operatividad de la reserva se haga depender no ya solo de una decisión aparentemente discrecional de la Administración urbanística sino, lo que es más difícil de entender, de una Administración que pese a ejercitar la potestad expropiatoria sin embargo carece de potestades en el orden urbanístico.

j) En todo caso, si la reserva tuviera lugar a favor de una Administración distinta de la municipal por ser ella la expropiante, el acuerdo de aprobación de dicha Administración se ha de ver precedido de la emisión de un informe municipal, el cual, pese a que el artículo 79.2 expresa las causas de su eventual oposición por «*afectar a la implementación de mecanismos de gestión urbanística o la debida ejecución del planeamiento*», difícilmente puede ser considerado de carácter vinculante, al menos en cuanto la reserva de aprovechamiento fuera a favor de otra Administración y concurrieran los presupuestos ya apuntados para considerar que al suelo expropiado le correspondieran derechos urbanísticos.

k) La transferencia que al término del periodo transitorio señalado ha de seguir a la formalización de la reserva de aprovechamiento a fin de alcanzar su materialización física, dice la Ley que no puede ser rechazada por el Ayuntamiento cuando previamente la hubiera aceptado, bien por razón de su aprobación bien por no oponerse a la aprobación de la Administración expropiante.

l) Conforme a lo anterior, la oposición municipal únicamente tendrá cabida cuando no correspondiéndole la aprobación la hubiera informado desfavorablemente, entendiendo en tal caso que su justificación, además de por las causas tasadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 79, habrá de tomar en consideración como elemento central de tal pronunciamiento la circunstancia ya aludida sobre la atribución de derechos de aprovechamiento a los suelos desde el planeamiento y, en particular, la correcta cuantificación de las unidades de aprovechamiento que hubieran de componer la reserva.

m) En suma, dado que, como es natural, la reserva de aprovechamiento necesariamente presupone su existencia sobre los suelos afectados y que su previsión constituye determinación propia de los instrumentos de planeamiento[8], sin tal establecimiento no resulta posible su configuración como objeto de derecho y, consiguientemente, no cabe ni siquiera proceder ni a su transferencia ni a su reflejo registral.

III. EL TRATAMIENTO REGISTRAL DE LAS RESERVAS DE APROVECHAMIENTO

Del régimen registral de las reservas de aprovechamiento cabe destacar lo siguiente:

a) De conformidad con los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que, respectivamente, se refieren a la apertura de folio independiente en el caso de la ocupación directa[9] y a la expropiación forzosa a cambio de finca futura, el apartado 3 del artículo 79 de la Ley valenciana dispone que «*la reserva se inscribirá en el registro de la propiedad*» y que «*el titular de ella podrá enajenar o hipotecar los aprovechamientos incluso para financiar su adquisición*», lo cual concuerda plenamente con lo dispuesto en el artículo 107.2.d y e de la Ley valenciana en cuanto al régimen registral de la ocupación directa en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 42 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio de en desarrollo del respectivo régimen legal entonces dispuesto en la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

b) Justo en relación con lo anterior cabe pues convenir con la Resolución comentada de 22 de julio de 2016 cuando, al tratar del supuesto de la cesión a la Administración de suelo afecto a dominio público con reserva de aprovechamiento, reconoce abiertamente su falta de reflejo expreso en el artículo 39 del Real Decreto sin considerar por ello que su aplicación hubiera de ser rechazada pues, como manifiesta en su Fundamento de Derecho Sexto, «*por lo que respecta a la inscripción de las reservas el Real Decreto 1093/1997, no las contempla expresamente, pero la mayoría de la doctrina entiende que cabe enmarcarlas en los supuestos en que permite que el aprovechamiento se inscriba como finca especial disgregado del suelo del que procede y mediante apertura de folio independiente en el artículo 39*».

c) Dicho de otro modo, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, aun no refiriéndose nominativamente a las reservas de aprovechamiento, es lo cierto que implícitamente las contempla cuando permite la apertura de folio registral independiente al mismo en los dos supuestos indicados de la expropiación forzosa a cambio de finca futura y de la ocupación directa, lo que, por otro lado, refleja el acierto del texto reglamentario al dar anticipadamente cobertura en su redacción a los distintos fenómenos urbanísticos más allá de su designación nominativa por parte del legislador autonómico.

d) En este mismo sentido, al encajar sin dificultad el supuesto de la reserva de aprovechamiento con lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del citado artículo 39, es como la Resolución de 22 de julio de 2016 concuerda a su vez con lo dispuesto al efecto en la Resolución más reciente ya referida de 17 de marzo de 2017, la cual dice al respecto que, «*fuera de los supuestos tasados en que el citado precepto hipotecario admite la apertura de folio independiente, con carácter instrumental, donde el aprovechamiento reconocido e inscrito se encuentra llamado a materializarse, salvo casos de compensación económica, en finca de futura determinación, no puede admitirse el tratamiento como finca registral independiente del aprovechamiento urbanístico subjetivo transmitido por el propietario, si está llamado a materializarse en la misma unidad de suelo o edificación objeto de dominio del transmitente y que constituye finca registral*».

e) Por otro lado, quizá ante el equívoco al que induce la regulación autonómica al referirse a la culminación del procedimiento mediante la transferencia del aprovechamiento previamente objeto de reserva, la Resolución se ocupa de las circunstancias que deben figurar en los asientos que se practiquen para hacer constar la transferencia del aprovechamiento urba-

nístico según lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, omitiendo, con ello, que, más bien, habría que estar a lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 42 y 44 sobre la inscripción de las fincas y su aprovechamiento en el caso de la ocupación directa, y sobre la expropiación a cambio de finca futura.

f) Y es que, en efecto, los supuestos que contempla el artículo 79 de la Ley valenciana si bien son susceptibles de aplicarse tanto para actuaciones aisladas como integradas, en el caso del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, el concepto de transferencia es heredero del régimen de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992 según el cual quedaban reservadas para las entonces denominadas actuaciones asistemáticas en suelo urbano, lo cual implica que el régimen registral de las reservas de aprovechamiento no sea otro distinto, según lo ya dicho, que el previsto en los indicados artículos 42 y 44 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, matizado, en el caso de la expropiación a cambio de finca futura por la eventual presencia de beneficiario de la expropiación.

g) Al hilo de lo anterior cobra relevancia lo dispuesto en la Resolución de 17 de marzo de 2017 en el sentido de no resultar de aplicación al supuesto de las reservas de aprovechamiento sino al de la previsión de suelos con excesos de aprovechamientos no consumidos para los que rechaza su configuración independiente en beneficio de su articulación mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación, al tiempo que se pronuncia sobre los términos de su acceso al Registro de la Propiedad[10].

l) Por último, el artículo 81.3 de la Ley valenciana contempla la inclusión de las reservas de aprovechamiento en los procesos reparcelatorios que provinieran de suelos dotacionales, lo cual se afirma condicionándolo a que «*consten inscritas en el Registro de la Propiedad*», coincidiendo en este punto con el sentido dado a la inscripción del aprovechamiento en la propia Exposición de Motivos del Real Decreto 1093/1997 al afirmar que «*la regulación no sería completa si no se hubiere dotado a la inscripción registral de una eficacia superior a la de una inscripción normal*»[11].

CONCLUSIONES

I. La regulación de las denominadas reservas de aprovechamiento por la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunidad Valenciana, responde al deseo del legislador autonómico por sistematizar bajo tal denominación los supuestos en los que la obtención anticipada de suelos afectos a redes públicas determina el reconocimiento transitorio de unas unidades de aprovechamiento bien al titular del suelo bien a la Administración o beneficiario de la expropiación cuando sufraga su importe en concepto de justiprecio.

II. Desde la perspectiva estrictamente urbanística no hace por lo tanto la indicada regulación otra cosa distinta a la identificación de tales supuestos, los cuales se corresponden con los tradicionalmente previstos en la legislación urbanística identificados con la expropiación forzosa y las distintas alternativas en cuanto al pago del justiprecio, así como con la ocupación directa introducida como modo de obtención de las redes públicas en el ordenamiento urbanístico

por la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo como continuación de su previsión inicial en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978.

III. A su vez, en el orden registral, la inscripción de las reservas de aprovechamiento según su razón de ser expresada no ha de acogerse al régimen de las denominadas transferencias de aprovechamiento sino, más bien, a los artículos 42 y 44 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre la inscripción de las fincas y su aprovechamiento en el caso de la ocupación directa, y sobre la expropiación a cambio de finca futura.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 29 de marzo de 1984
- STS de 18 de mayo de 1987
- STS de 22 de junio de 1981
- STS de 4 de mayo de 1982
- STS de 6 de marzo de 1993
- STS de 15 de marzo de 1993
- STS de 21 de octubre de 2002
- STC 61/1997, de 20 de marzo
- RDGRN de 23 de octubre de 2001
- RDGRN de 30 de mayo de 2009
- RDGRN de 14 de junio de 2011
- RDGRN de 13 de abril de 2016
- RDGRN de 22 de julio de 2016
- RDGRN de 17 de marzo de 2017

BIBLIOGRAFÍA

HUERGO LORA, A., Los convenios expropiatorios, en la obra colectiva *Los convenios urbanísticos,* Civitas, S.A.

LANZAS MARTÍN, E., Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 749, año 2015, 1681 a 1693.

LASO BAEZA, V., La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, año 2016, 2997 a 3004.

— La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 726, año 2011, 2398 a 2407.

— La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 744, año 2014, 2003 a 2014.

LASO MARTÍNEZ, J.L. y LASO BAEZA, V., *El aprovechamiento urbanístico,* Marcial Pons, 1995.

MUSTAFÁ TOMÁS, Y., Régimen de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial, el régimen de la Comunidad Valenciana, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, 2009, 65 a 98.

SANZ BOIXAREU, P.J., La ejecución de los sistemas generales de ordenación urbanística del territorio, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 68, 69 a 86.

NOTAS

[1] De ello nos hemos ocupado en La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 757, año 2016, 2997 a 3004.

[2] De las reservas de aprovechamiento se ha ocupado MUSTAFÁ TOMÁS, Y., en Régimen de las transferencias y reservas de aprovechamiento urbanístico. En especial, el régimen de la Comunidad Valenciana, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, 2009, 65-98.

[3] A ello se refiere MUSTAFÁ TOMÁS, Y., Régimen de las transferencias…, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, 2009, 65-98, citando al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1984 y 21 de octubre de 2002. Igualmente, HUERGO LORA, A., Los convenios expropiatorios, en la obra colectiva *Los convenios urbanísticos,* Civitas, S.A., 231.

[4] Dicho artículo 190bis dispone lo siguiente: «*Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística*». En términos similares queda también previsto este régimen en la legislación autonómica, por ejemplo en la Disposición Transitoria Sexta de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001, la cual dice lo siguiente: «*Los terrenos efectivamente afectos al tiempo de entrada en vigor de la presente Ley a dotaciones o infraestructuras, equipamientos y servicios públicos que hubieran sido adquiridos, sea o no en ejecución de Planes de Ordenación Urbanística, mediante expropiación forzosa o por cualquier otro título oneroso, podrán computarse a efectos del cálculo, conforme a esta Ley, de los coeficientes de edificabilidad de los ámbitos de actuación o del aprovechamiento urbanístico unitario de los sectores en los que queden comprendidos. En tal supuesto, los terrenos o solares resultantes en los que deba localizarse el 90 por 100 del aprovechamiento imputable a dichos terrenos o solares, se adjudicarán a la Administración titular de las dotaciones o infraestructuras, equipamientos y servicios públicos. En todo caso, los planes de desarrollo que incorporen estos terrenos requerirán, para su aprobación definitiva, el informe previo y favorable de la Comunidad de Madrid sobre la idoneidad de las redes generales y supramunicipales exteriores de infraestructuras de comunicaciones para la viabilidad de aquellos.*»

Igualmente, de esta cuestión se ocupó LANZAS MARTÍN, E., en Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 749, año 2015.

[5] MUSTAFÁ TOMÁS, Y., Régimen de las transferencias…, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 252, 2009, 65-98.

[6] LASO MARTÍNEZ, J.L y LASO BAEZA, V. en El aprovechamiento urbanístico, Marcial Pons, 1995, 29 a 70. Inicialmente se ocupó de esta cuestión SANZ BOIXAREU, P.J. en La ejecución de los sistemas generales de ordenación urbanística del territorio, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 68, 69 a 86.

[7] El artículo 54.1 dice lo siguiente: «*El plan de ordenación pormenorizada determinará el aprovechamiento tipo en función del aprovechamiento objetivo de los terrenos incluidos en el área de reparto prevista en dicho plan, homogeneizado por la aplicación, a la superficie edificable correspondiente a cada uso, de coeficientes correctores, que expresen la relación entre los diferentes valores de repercusión de cada uso, justificados según un estudio de mercado; el aprovechamiento objetivo total, así homogenizado, se dividirá por la superficie total del área de reparto, incluyendo las superficies exteriores al mismo que sean adscritas para la obtención de elementos de la red primaria y excluyendo las superficies de suelo público pre-*

existentes en el área de reparto y que ya se encuentren destinadas al uso asignado por el plan, salvo las que consten obtenidas de forma onerosa por la administración, que darán lugar a la correspondiente adjudicación de aprovechamiento a su favor, en los términos previstos en el artículo 83 de esta ley. El resultado obtenido de la división indicada será el aprovechamiento tipo del área de reparto».

[8] Según el artículo 21.1.j de la Ley valenciana corresponde al Plan General Estructural fijar los «*criterios generales para la delimitación de las áreas de reparto y para el establecimiento del aprovechamiento tipo*», señalando el 32 siguiente que «*el plan general estructural establecerá, como mínimo, los criterios precisos para delimitar las áreas de reparto y calcular el aprovechamiento tipo de los sectores de planeamiento parcial. A tal efecto, fijará las directrices para calcular las cesiones de suelo de red primaria que deba asumir cada sector. En su caso, indicará qué infraestructuras de dicha red primaria deben ser ejecutadas con cargo a sectores concretos, para satisfacer sus respectivas necesidades funcionales, así como las consecuencias económicas o equidistributivas que se deriven de la posible ejecución anticipada de la correspondiente infraestructura por la administración*». A su vez, en el establecimiento de la ordenación pormenorizada dispone el artículo 35.1.e como determinación propia de ella que «*la delimitación de las áreas de reparto y la fijación del aprovechamiento tipo de acuerdo con los criterios y condiciones establecidos en la ordenación estructural*».

[9] De la ocupación directa, cuya regulación en el caso de la Ley valenciana presenta la nota relevante de la ausencia de carácter coactivo frente a lo común en razón de su naturaleza expropiatoria así reconocida en la STC 61/1997, de 20 de marzo, tratamos en La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 726, año 2011, así como en La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre, publicado en la misma Revista, núm. 744, año 2014.

[10] Dice a tal efecto la Resolución de 17 de marzo de 2017 lo siguiente: «*(…) aunque pueda admitirse la validez civil de la transmisión por el propietario de una parcela o solar, edificado o no, de todo o parte del aprovechamiento urbanístico subjetivo que pueda materializar en la misma, diferente aquí del concepto estricto de transferencia como técnica equidistributiva, dicha transmisión lo que deriva es en la formación de una especial comunidad de derechos recayentes sobre una misma unidad perimetral de terreno delimitable por sus coordenadas de localización, cuya configuración jurídica deberá articularse mediante el régimen de la comunidad por cuotas ideales de propiedad o la constitución de derechos reales de sobreedificación o subedificación, cuya justificación causal se encuentra en la propia adquisición del aprovechamiento subjetivo, y sin perjuicio de su definitiva configuración por subrogación real como fincas de atribución privativa en forma de propiedad horizontal o complejo inmobiliario, pues solo así se posibilita su acceso al Registro de la Propiedad sobre la finca registral correspondiente a dicha unidad de suelo conforme a las exigencias del principio de determinación y de folio real —artículos 9 de la Ley Hipotecaria, 16, 51 y 54 de su Reglamento y 26 de la Ley de Suelo, y disposición adicional decimotercera de la Ley de Urbanismo de Aragón—*».

[11] Así se consideró también en LASO MARTÍNEZ, J.L y LASO BAEZA, V., en *El aprovechamiento urbanístico,* Marcial Pons, 1995, 209 y 210, al señalar que «*las transferencias de aprovechamiento, su distribución o adquisición, cualquiera que sea su origen y siempre y cuando quede definido el aprovechamiento urbanístico para una finca, para su validez necesitan, como requisito constituyente, según entendemos, la inscripción en el Registro de la Propiedad*».

4. DERECHO BANCARIO

Inaplicación del artículo 6.3 del Código Civil que establece la nulidad absoluta por vulneración de normas imperativas en supuestos de incumplimiento de regulación bancaria (MIFID) por las SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016, así como por el resto de jurisprudencia dictada en la materia

Refusal to apply the article 6.3 of the Spanish Civil Code that establishes the nullity for breaches of binding rules in cases of the infringement of bank regulation (MIFID) by the judgments of the Supreme Court rendered on October 22nd 2015, March 11th 2016 and June 3rd 2016, as well as by other case law rendered on this matter

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
Doctor en Derecho
Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley

RESUMEN: Habitualmente se ejercita la acción de nulidad de pleno derecho en pleitos sobre productos bancarios o de inversión con base en la vulneración de normativa bancaria, y más concretamente, la regulación conocida como MIFID. Generalmente la infracción alegada consiste en el incumplimiento de la obligación de suministrar información adecuada y comprensible o la no realización de los tests de conveniencia o de idoneidad.

A pesar del carácter recurrente de esta alegación, los tribunales se pronuncian pocas veces sobre esta cuestión, ya que la pretensión principal suele ser el vicio en el consentimiento.

La doctrina y la jurisprudencia menor se encontraban divididas respecto a la posibilidad de anular esta clase de contratos por este motivo. Aunque parecía que la tendencia mayoritaria era entender que no procedía su aplicación.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo comentada en este artículo resuelve este problema, declarando que no procede aplicar el artículo 6.3 del Código Ci-

vil, con la consiguiente nulidad absoluta del correspondiente contrato, por una infracción de la normativa MIFID.

ABSTRACT: Annulment actions are usually brought in judicial proceedings in relation to banking and investment products based on the infringement of banking regulation, and more specifically, in the directives so called MIFID. Generally, the alleged violation consists in the infringement of the obligation to provide appropriate and comprehensible information to clients or the non performance of the assessments of suitability or of appropriateness.

Despite how often this argument is alleged, courts seldom decide on this matter since the main action is usually mistake in the formation of the contract.

Scholars and lower case law had different opinions on the possibility to annul this kind of contracts under this ground. However, the majority of them seemed to reject its application.

The Spanish Supreme Court case law commented in this article solves this issue, declaring that the article 6.3 of the Spanish Civil Code is not applicable (with its consequent nullity of the contract) due to an infringement of the MIFID regulation.

PALABRAS CLAVE: Artículo 6.3. Código Civil. Nulidad. MIFID. Producto de inversión. Contrato bancario. Consumidores. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Article 6.3. Spanish Civil Code. Nullity. MIFID. Investment product. Banking contracts. Consumers. Spanish Supreme Court case law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. SENTENCIAS DEL ALTO TRIBUNAL ANALIZADAS: 1. STS DE 22 DE OCTUBRE DE 2015: *A) Antecedentes. B) Doctrina relevante sobre el artículo 6.3 del Código Civil.* 2. STS DE 11 DE MARZO DE 2016: *A) Hechos y antecedentes procesales de interés. B) Doctrina de interés.* 3. STS DE 3 DE JUNIO DE 2016. *A) Cuestiones fácticas y procesales previas. B) Pronunciamientos de especial interés.*—III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LOS TRIBUNALES.—IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL ESTUDIADO.—V. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de este trabajo se centra en la interpretación efectuada por el Alto Tribunal en su reciente jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en pleitos de contratos bancarios. Y es que, aunque tradicionalmente esta cuestión no era tratada cuando se analizaban esta clase de negocios jurídicos[1], en la ingente litigación respecto a los contratos financieros o de inversión de los últimos años se alega frecuentemente la aplicación del referido precepto del Código Civil[2].

Como señala parte de la doctrina[3], la ubicación dentro del Título Preliminar del Código Civil y la generalidad con la que se expresa el precepto 6.3 del referido cuerpo normativo ha llamado a este artículo a tener una gran presencia

dentro del conjunto del ordenamiento jurídico, constituyendo una importante defensa del mismo en relación con los actos jurídicos que lo contravengan. Por ello se ha postulado que la regla contenida en el citado precepto es de aplicación general[4]. (Aunque algunos autores han señalado que la configuración normativa, que contempla habitualmente la nulidad para el supuesto de contravención de la norma, sugiere que el legislador asigna un «*papel bastante parco*» a este artículo)[5]. Así parte de la doctrina sostiene que este precepto se aplica a la vulneración de toda norma jurídica que tenga la consideración de fuente del Derecho, con independencia de su rango normativo, naturaleza legal o consuetudinaria[6]. Si bien parece claro que no procede su aplicación cuando la regulación infringida es de Derecho extranjero[7].

La nulidad de pleno derecho que ordena el mencionado artículo es la sanción civil que expresa la superioridad de la ley (imperativa) frente a la autonomía de la voluntad en cualquiera de sus manifestaciones[8]. Esta amplitud de aplicación no solo se deriva de su inclusión en el correspondiente capítulo del Código Civil, sino también de su expresa aplicación por el Tribunal Supremo a infinidad de actos negociales bien diversos[9], como testamentos[10], matrimonios[11], convocatorias de juntas de sociedad[12] y, por supuesto, contratos[13]. En este sentido, CARRASCO PERERA[14] ha comentado que el estudiado precepto tiene su aplicación «*más cabal*» respecto a normas de Derecho de Público que imponen restricciones al tráfico jurídico realizado mediante contrato. Y ese es precisamente el escenario que se va a analizar en este trabajo: infracciones de regulación bancaria (Derecho Público) que afectan a la formación de contratos bancarios o de inversión.

Se han aceptado causas muy distintas para aplicar esta nulidad, como la fijación de precios superiores a los legalmente tasados, la falta de legitimación para enajenar la cosa común o el incumplimiento de requisitos formales considerados solemnes, etc.[15].

Sin perjuicio de lo anterior, el análisis de la jurisprudencia civil desvela un esfuerzo claro del Tribunal Supremo por limitar su ámbito de aplicación, evitando un automatismo de la consecuencia jurídica de la nulidad ante cualquier contravención del ordenamiento jurídico[16]. La construcción jurisprudencial comentada se basa en seis modelos de decisión, que establecen una serie de criterios que van añadiéndose, sin que pueda apreciarse una determinada secuencia en el tiempo respecto a su aplicación[17]. Esta línea jurisprudencial[18] queda fielmente reflejada en la STS de 17 de octubre de 1987, que señala[19]:

«*Esta Sala, al enfrentarse con el texto del número tercero del artículo sexto con antecedente en párrafo primero del artículo cuarto antiguo del Código Civil, ha reconocido su importancia, proclamando —STS de 1 de marzo de 1934 [Resolución 435]— que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos o procesales; pero, al mismo tiempo de ese reconocimiento se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance estableciendo —SSTS de 19 de octubre de 1944 [Resolución 1176], y 28 de enero de 1958 [Resolución 554]— que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad— SSTS, entre otras, de 8 de octubre de 1963 [Resolución 4072], 22 de marzo de 1965 [Resolución 1904], 8 de marzo de 1966 [Resolución 304], 19 de enero de 1967 [Resolución 182], 31 de mayo de 1968 [Resolución 3746], 14 de diciembre de 1971 [Resolución 5237], 30 de junio de 1978 [Resolución 2626], y 8 de junio de 1979 [Resolución 2347]— que hace deba ser interpretado no con un criterio rígido sino con criterio flexible por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos*

contrarios a la ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma. El precepto —SSTS de 27 de febrero de 1964 [Resolución 1152] y 28 de julio de 1986 [Resolución 4621]— no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: Primero. Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio. Segundo. Actos contrarios a la ley en que la misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos "contra legem". Y tercero. Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que este formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias, y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficcionado de lo que el Código llama "causa torpe". Esta doctrina se completa con la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales solo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula —SSTS 10 de octubre de 1977 [Resolución 3895] y las que en ella se citan, y últimamente, de 4 de diciembre de 1986 [Resolución 7219]».

No obstante los señalados modelos y el criterio reflejado en la Sentencia reproducida, parece apreciarse que la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil se determina caso a caso con una cierta discreción por parte del Tribunal Supremo[20].

Por lo tanto, conforme a este posicionamiento del Alto Tribunal puede observarse cómo existe una regla jurisprudencial de subsidiariedad de la nulidad de pleno derecho[21], correspondiendo en su caso declarar la nulidad parcial del acto jurídico[22] en virtud de los principios «*favor contratus*» y el antiguo aforismo «*utile per inutile non vitiatur*». Así lo ha sostenido la doctrina[23] y el Tribunal Supremo en varios pronunciamientos como las SSTS de 10 de octubre de 1977, de 20 de mayo de 1985 y de 17 de octubre de 1987.

En todo caso, la aplicación del precepto 6.3 del Código Civil conlleva la declaración de nulidad de pleno derecho, caracterizada por ser absoluta, con efectos *`ex tunc´* insubsanable, imprescriptible[24], y en principio apreciable de oficio[25]. Sin perjuicio de las matizaciones que necesariamente tengan que efectuarse en el supuesto de infracción tanto de normas procesales[26] como administrativas[27], en el caso del Derecho Privado los tratadistas[28], sintetizando lo establecido por la jurisprudencia[29], han concluido que para que proceda la referida nulidad, con la apreciabilidad de oficio comentada, el supuesto de hecho debe de encontrarse en uno de los siguientes supuestos:

a) Que exista un precepto específico de la Ley que imponga la nulidad «*per se*» del acto o contrato.
b) Que se trate de un acto constitutivo de un estado o condición para cuya eficacia exige la Ley determinados requisitos y falte alguno de esos elementos esenciales en el evento de que se trate.
c) Cuando la materia, objeto o finalidad del acto impliquen fraude ley, atenten contra la moral o supongan un daño o peligro para el orden público.

Con independencia de lo anteriormente mencionado, hay que señalar que el Tribunal Supremo ha mostrado tradicionalmente un posicionamiento contrario

a estimar su aplicación en casos de incumplimientos de normas administrativas, como reflejan las SSTS de 25 de septiembre de 2006 y de 27 de septiembre de 2007. En concreto en la última Sentencia citada el reseñado Tribunal dice:

«*La circunstancia de que el bien objeto de un contrato no pueda ser transmitido sino en determinadas condiciones —en el caso, con la autorización administrativa— no convierte a aquel en ilícito objeto de contratación. Esa sanción se reserva para los casos de extracomercialidad absoluta o intrínseca.*

Ello, claro está, no impide que el contrato sea nulo por una razón distinta; así, por infringir una norma prohibitiva —artículos 6.3 y 1255 del Código Civil (LEG 1889, 27) —o por ser ilícita su causa —artículo 1275 del Código Civil—. Ni tampoco que el comportamiento merezca otro tipo de sanción, sea penal o administrativa.

La Sentencia de 23 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4123) —en relación con la venta, sin la necesaria autorización administrativa, de un inmueble de que era concesionaria con acceso a la propiedad la vendedora— declaró que «contrariamente a lo sostenido en el recurso, la finca de autos no está fuera del comercio», así como que debía tenerse en cuenta que «la actora recurrente ostentaba sobre la finca de autos unos determinados derechos, que fue los que transmitió al comprador, y que el hecho de que para que tal transmisión tenga plenos efectos se requiera autorización administrativa no convierte en nula la compraventa civil realizada sin la obtención de la indicada autorización, sin perjuicio de los efectos que en el campo de lo administrativo se puedan derivar de su falta».

Esa doctrina se contiene, entre otras, en la Sentencia de 7 de julio de 1981 (RJ 1981, 3052) —» …sin que la violación de los preceptos administrativos que se dice cometida… pueda producir otra consecuencia que la puesta en marcha de los mecanismos correctores reglamentariamente establecidos…»—, así como en la de 25 de septiembre de 2006 —en un supuesto de realización de cesiones no autorizadas de una concesión administrativa con acceso a la propiedad de un lote formado por parcela y vivienda adjudicada por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario— en la que se recordó que «en caso de incumplimiento de requisitos de carácter administrativo, la jurisprudencia de esta Sala admite que el acto o contrato celebrado por los particulares en sentido contrario a una disposición de esta naturaleza puede ser compatible con el mantenimiento de los efectos económicos del mismo entre las partes interesadas, cuando estos sean susceptibles de ser considerados como integrantes de un sustrato independiente del cumplimiento de la norma administrativa».

Según la doctrina jurisprudencial expuesta parece que en el caso de infracciones de normas administrativas, e incluso para cualquier supuesto que se pretenda aplicar el artículo 6.3 del Código Civil se debe:

1. Analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados.
2. Valorar la gravedad y trascendencia de la pretendida infracción legal supuestamente cometida.
3. Determinar la esencialidad (o no) de la vulneración de la normativa administrativa que se dice incumplida.
4. Razonar si la pretendida infracción es incompatible con el mantenimiento de los efectos económicos del contrato celebrado entre las partes.

En concreto, respecto a Ley de Mercado de Valores[30], y más específicamente, sobre la vulneración de las normas de conducta de las entidades prestadoras

de servicios financieros establecidas en el precepto 79 de la citada Ley, el Alto Tribunal descartó en un caso de compraventa de acciones la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil declarando en su STS de 22 de diciembre de 2009[31]:

«*Es notorio que la regulación del artículo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga.*

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 del Código Civil por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26 de abril de 1995, 22 de julio de 1997, 13 de mayo de 1980 y 7 de julio de 1981, entre otras).

Si la finalidad de la normativa sobre código de conducta es dar absoluta prioridad al interés del cliente y la conducta de la recurrente por lo manifestado en la propia Sentencia recurrida estaba movida por la buena fe en orden a las expectativas de los analistas expertos en estos mercados no se aprecia una contradicción o vulneración tan grosera o radical entre el acto supuestamente contrario a la norma y la finalidad perseguida por esta como para que merezca la sanción de nulidad declarada en la Sentencia recurrida. Resulta especialmente revelador que a diferencia de lo que ocurre con la propia cláusula M declarada nula, la Asociación de Consumidores demandante no formuló queja o reclamación alguna sobre estas compraventas ante el Organismo Supervisor del Mercado de Valores».

De igual manera el Tribunal Supremo había anticipado las consecuencias jurídicas de la omisión de la cumplimentación de los tests MIFID en casos de swaps en los que se alegaba error en la contratación[32]. Ilustrativamente a este respecto la STS de 7 de julio de 2014 indicaba[33]:

«*En el caso de incumplimiento de este deber, lo relevante para juzgar sobre el error vicio no es tanto la evaluación sobre la conveniencia de la operación en atención a los intereses del cliente minorista que ha contratado el swap cuando si, al hacerlo, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto completo y de los concretos riesgos asociados al mismo; y la omisión del test que debía recoger esa valoración, si bien no impide que en algún caso el cliente goce de este conocimiento y por lo tanto no haya padecido error al contratar, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento; por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo*».

En todo caso, el Alto Tribunal suele entender a la hora de resolver esta cuestión, que la correspondiente sentencia de la Audiencia Provincial no ha anulado el contrato con base en el precepto 6.3 del Código Civil, sino por la concurrencia de un error en la contratación[34]. Lo cual, sumado a su reiterada jurisprudencia que incide en el efecto del incumplimiento como un elemento para presuponer la concurrencia del vicio en el consentimiento, hace que en

la práctica esta cuestión no suela tratarse por el Tribunal Supremo[35]. Este posicionamiento se refleja fielmente en la STS de 9 de diciembre de 2015, que señala[36]:

«*La infracción de la normativa reguladora del mercado de valores, que no solo tiene un carácter administrativo sino que sirve también para integrar la reglamentación de los contratos privados que se celebran en este ámbito de la contratación, imponiendo deberes que las empresas de inversión deben de observar en la contratación con sus clientes, solo sirve como parámetro para determinar el carácter sustancial del error, en cuanto que esta normativa permite identificar elementos esenciales de estos contratos (naturaleza, características y riesgos) sobre los que debe informarse al cliente para que preste un consentimiento válido al contrato, y para afirmar el carácter excusable del error.*

En consecuencia, ninguna infracción, por aplicación incorrecta, ha podido cometerse del artículo 6.3 del Código Civil puesto que el mismo no ha sido aplicado».

Con base en lo anteriormente explicado, parecía que el criterio del Alto Tribunal era más favorable a no aplicar el referido precepto a los casos estudiados en este artículo. Y ese también parecía ser el posicionamiento mayoritario dentro de las Audiencias Provinciales sobre esta cuestión. Así las SSAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5.ª, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 29 de marzo de 2012 y de Asturias, Sec. 1.ª, de 11 de abril de 2014 desestimaron esta clase de pretensiones siguiendo los postulados de la citada STS de 22 de diciembre de 2009. En concreto, la SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 29 de marzo de 2012 a este respecto establecía[37]:

«*El cumplimiento de la normativa citada lo que busca a ultranza es que la entidad financiera informe cumplidamente de los productos que se han de contratar, con lo que lo trascendente desde un punto de vista civil, en cuya jurisdicción nos encontramos, no lo es si se ha cumplido escrupulosamente esa normativa, sino si el consentimiento de la contratante ha sido o no erróneamente prestado o si para obtenerlo la demandada ha hecho uso de maquinaciones insidiosas, prueba de ello es la STS de 22 de diciembre de 2009 «Es notorio que la regulación del articulo 79 LMV y su normativa de desarrollo tienen un carácter y alcance marcadamente administrativo dirigida fundamentalmente a velar por la transparencia del mercado de valores y cuya infracción será sancionable a través del procedimiento administrativo sancionador correspondiente, sin que dicha vulneración se sancione por la propia norma con la nulidad del acto que la contradiga.*

Ejercita la actora, por tanto, la acción de nulidad de las compraventas de acciones bajo una invocación genérica del artículo 6 Código Civil por infracción del artículo 79 LMV y normativa de desarrollo contenida en el Código general de conducta de los mercados de valores que se invocan como infringidos no en la demanda sino en la apelación. Según la jurisprudencia la sanción de nulidad no se reputa doctrinalmente aplicable a supuestos de vulneración de normas administrativas (SSTS de 26 de abril de 1995, 22 de julio de 1997, 13 de mayo de 1980 y 7 de julio de 1981) (…).

En suma, que el cumplimiento o incumplimiento sin más de la normativa citada supra *no puede determinar la estimación ni la desestimación de la demanda, sino que ha de ponerse en relación con la forma y con el modo de prestación de ese consentimiento, y es de insistir en que de las pruebas practicadas no se deriva que ese consentimiento haya sido erróneamente prestado. Se sabía qué se contrataba y*

para qué, se mantuvo la validez y la eficacia de la operación en tanto benefició y se intenta obtener su declaración de nulidad cuando perjudica, pero tanto el beneficio como el posible perjuicio eran conocidos y aceptados, hasta el punto paradigmático de que se procedió a contratar iguales productos los que con obtención de resultados favorables no han sido objeto de petición de nulidad por la actora con lo que en la instancia ha sido valorada erróneamente la prueba en relación con el deber de información de la entidad demandada».

Pero también se dictaron un cierto número de Resoluciones que sostenían lo contrario como las SSAP de Barcelona, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013 y de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014. En concreto, la segunda sentencia citada dice[38]:

«*La recurrente considera infringido el artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 por cuanto la Sentencia de instancia declara la nulidad radical de unos contratos con base en el declarado incumplimiento de los artículos 79 y siguientes de la LMV y restante normativa sectorial aplicable, aunque el TS haya rechazado que el incumplimiento de normas imperativas pueda como norma general originar la nulidad del contrato suscrito por la necesaria aplicación moderada del artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1.*

El motivo tampoco puede prosperar porque la Sentencia de instancia ha motivado acertadamente la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 en el supuesto de autos debido precisamente al grave y obstinado incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones de información y asesoramiento que le correspondían, como ya se ha explicado en el fundamento jurídico precedente.

Es cierto, como indica la recurrente, que la mayor parte de las Sentencias recaídas en Juzgados y Audiencias Provinciales acogen la nulidad de la comercialización de participaciones preferentes en aquellos casos en que se acredita un error esencial y excusable en el consentimiento de los compradores en atención a que la nulidad radical prevista en el artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 habrá de aplicarse a aquellos casos en que pueda probarse, en atención a la índole y finalidad de la norma legal contrariada y las circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, que la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, como indica la citada Sentencia del TS de 22 de diciembre de 2009.

Pero, en el caso enjuiciado, la prueba inequívoca de que la entidad bancaria comercializó los productos con temerario desprecio de sus obligaciones, abundando en el engaño cualificado por el abuso de la confianza en ella depositada por sus clientes, lleva a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil EDL 1889/1 al presente supuesto, aplicación que no rebasa, en las circunstancias concurrentes, el carácter moderado como exige la jurisprudencia».

Consecuentemente, ante la falta de un pronunciamiento claro sobre la materia del Tribunal Supremo, la jurisprudencia menor se mostraba dividida en cuanto a posibilidad de anular los contratos bancarios o de inversión por la vulneración de la normativa administrativa concreta que regula su comercialización y otros aspectos. Con este estudio se pretende aclarar y profundizar en la superación de dicha situación mediante las SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016.

II. SENTENCIAS DEL ALTO TRIBUNAL ANALIZADAS

1. STS de 22 de octubre de 2015

Esta resolución es una de las primeras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, que aborda el tema y rechaza la aplicación del precepto 6.3 del Código Civil en casos de infracción de normativa bancaria en la comercialización de una permuta financiera ligada a la inflación.

A) Antecedentes

Este litigio se inició a instancia de una mercantil, que en su demanda presentada en septiembre de 2010 solicitaba la nulidad de un *swap* ligado a la inflación contratado en junio de 2008, que se procediera a condenar a la entidad financiera comercializadora y contraparte del susodicho derivado a devolver las cantidades cobradas en virtud de las liquidaciones del producto (57.459,76 euros) junto con los intereses correspondientes y las costas. Entre otros argumentos se esgrimía la concurrencia de un vicio en el consentimiento (además de otras acciones ejercitadas subsidiariamente como la basada en el art. 6.3 del Código Civil)[39].

Tras la contestación a la demanda por el banco y cumplimentados los demás trámites procesales, se dictó la sentencia de primera instancia por la que se desestimó la demanda[40]. La resolución judicial fue recurrida en apelación por la actora, estimándose el recurso, declarándose la nulidad del contrato y condenando a lo solicitado en la demanda[41].

Posteriormente el banco interpuso recurso de casación por alegada infracción de los artículos relativos al error en la contratación (1265 y 1266 del Código Civil), así como el precepto 79 bis de la Ley de Mercado de Valores por el declarado incumplimiento de los deberes de información y el artículo 6.3 del Código Civil por la inaplicación de la correcta interpretación del referido precepto[42].

Entre los hechos declarados probados habría que destacar que en junio de 2008 se celebró entre la actora y la entidad financiera un *swap* ligado a la inflación con un nocional de 600.000 euros. En el año 2009 se recibió una liquidación negativa de 21.600 euros, que motivó las protestas de la demandante y el ofrecimiento por el banco de la cancelación de la permuta financiera mediante el pago de 205.605 euros, que serían financiados mediante un préstamo con la misma entidad. En el año 2010 se recibió una nueva liquidación negativa por importe de 35.660 euros. Todo lo cual motivó la interposición de la demanda por la parte actora.

B) Doctrina relevante sobre el artículo 6.3 del Código Civil

La Sentencia comienza precisando que la resolución de la Audiencia Provincial no anula el contrato litigioso por aplicación del precepto 6.3 del Código Civil[43]. Sin perjuicio de lo anterior, por lo que aparentemente esta parte del pronunciamiento judicial debe considerarse como un *obiter dicta*, la mentada resolución afirma que «*la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error*»[44].

Por lo tanto, esta sentencia resulta de especial interés porque, aunque sea en un *obiter dicta*, afirma con rotundidad que la infracción del deber informativo contenido en la regulación del mercado de valores no puede motivar por sí sola la nulidad con base en el artículo 6.3 del Código. Lo cual no obsta a la consecuencia que tal incumplimiento tiene en sede del error en la contratación según reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal[45].

2. STS de 11 de marzo de 2016

Esta resolución judicial se limita a confirmar la anterior sin entrar en más detalle[46], porque realmente entiende que la sentencia de segunda instancia no declaró la nulidad del contrato con base en el referido artículo.

A) Hechos y aspectos procesales de importancia

En este litigio una compañía interpuso demanda contra una entidad financiera el 3 de enero de 2011, solicitando la nulidad de un contrato marco de operaciones financieras y las confirmaciones de dos *swaps* concluidos el 27 de abril de 2006 y el 9 de febrero de 2007.

El escrito rector solicitaba la nulidad de dichos contratos por una supuesta inexistencia de consentimiento contractual, por una pretendida concurrencia de un error como vicio del consentimiento y por resultar gravemente perjudiciales tales negocios jurídicos para el interés del concurso y de los acreedores.

Junto con la solicitud señalada se instaba la restitución recíproca de las prestaciones y la condena en costas[47].

El banco contestó en debido plazo a la demanda, instando la íntegra desestimación de la demanda, y subsidiariamente, para el caso de que resultase estimada la resolución contractual en interés del concurso, se reconociera un crédito contra la masa a favor de la entidad financiera[48].

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de los contratos litigiosos, ordenando la restitución recíproca sin condena en costas[49].

El banco recurrió en apelación, pero el recurso fue desestimado por la Audiencia Provincial[50].

La entidad financiera interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por varios motivos. Entre ellos se encontraba la alegada inaplicación de la correcta interpretación del artículo 6.3 del Código Civil, que exige una moderada aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos por contravención de normas imperativas[51].

En este caso se declaró probado[52] que las partes habían suscrito un contrato marco de operaciones financieras (CMOF) el 27 de abril de 2006, en el seno del cual concertaron una permuta financiera de tipos de interés con inicio el 2 de mayo de 2006, nominal de 500.000 euros y vencimiento el 4 de mayo de 2009.

El 9 de febrero de 2007 firmaron un documento de cancelación de la anterior permuta financiera en el que acordaron cancelar anticipadamente la operación en su totalidad el día 9 de febrero de 2007, con un gasto para el cliente de 13.966 euros. En el mismo documento se concertó un nuevo contrato de permuta financiera de tipos de interés, con inicio el 12 de febrero de 2007, nominal de 500.000 euros y vencimiento de 13 de febrero de 2012.

La conclusión del contrato marco de operaciones financieras y del primer *swap* estaba vinculada al negocio jurídico de arrendamiento financiero núm. 6461480 y a la póliza de crédito bajo la modalidad de anticipo de documentos mercantiles, ambos celebrados el 8 de mayo de 2006. El segundo contrato de permuta financiera generó pérdidas para la demandante hasta noviembre de 2010 (que se cifraban en 13.278,14 euros, teniendo en cuenta la liquidación de abonos y cobros).

B) Doctrina en la materia

Nuevamente en un pronunciamiento *obiter dicta*, el Alto Tribunal de forma lacónica señala[53]:

«*La Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no anula el contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, sino por la concurrencia de error vicio del consentimiento, que era la causa alegada en la demanda.*

Como ya dijimos en la Sentencia 549/2015 de 22 de octubre, la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deben dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error. Y así se ha hecho en la Sentencia recurrida, en la que se declara la nulidad de los swap concertados ya que la falta de información precisa, correcta y adecuada por parte del Banco Santander determina la concurrencia de error excusable en la demandante y hoy recurrida».

Por consiguiente, se confirma el posicionamiento anterior, aunque se realice mediante un *obiter dicta*.

3. STS de 3 de junio de 2016

Este pronunciamiento supone el afianzamiento de la doctrina contenida en las resoluciones anteriormente comentadas[54], así como su profundización respecto a la no procedencia de la apreciación de oficio de la nulidad por el incumplimiento de la normativa MIFID.

A) Cuestiones fácticas y procesales previas

En este caso una persona física interpuso una demanda instando la nulidad de las cláusulas relativas al derivado financiero del préstamo suscrito con la entidad financiera demandada el 16 de julio de 2008, argumentando que el actor tenía la condición de minorista y que el banco incumplió sus deberes de información previstos en el artículo 79 de la LMV respecto al *swap*[55].

El banco contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con condena en costas[56].

La resolución de primera instancia desestimó la primera acción ejercitada (la nulidad parcial del contrato de préstamo por error en el consentimiento), pero sí declaró la nulidad de la totalidad del préstamo con el derivado implícito por existir un error esencial y excusable motivado por préstamo junto con el incumplimiento del deber de información del banco para con el actor, que era considerado un cliente minorista[57].

Dicha Sentencia fue recurrida en apelación por la entidad financiera, impugnando a su vez la demandante la desestimación de la pretensión principal mencionada. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la impugnación y, por ende, la demanda, al declarar que no cabía pedir la nulidad parcial de un contrato basado en el error vicio, puesto que las condiciones económicas esenciales de la operación de préstamo están directamente relacionadas y determinadas por la existencia del derivado financiero implícito[58].

Frente a la sentencia de segunda instancia, el actor interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación con base en la infracción de la jurisprudencia sobre la nulidad de oficio vinculada con los artículos 6.3 y 7 del Código Civil y el precepto 1265 del mismo cuerpo normativo[59].

En este proceso los hechos relevantes declarados acreditados en la instancia consistían en la concertación el 16 de julio de 2008 entre el demandante y el banco de un préstamo con derivado financiero implícito para financiar una inversión en huerta solar en Albacete. Se trataba de un negocio que no estaba relacionado con la actividad habitual de fisioterapia a la que se dedicaba el actor. La suma objeto del préstamo era 543.000 euros.

Un año después de la suscripción del contrato litigioso, el demandante advirtió las consecuencias del derivado implícito por la bajada de los tipos de interés y acudió al banco a intentar cancelarlo. La entidad financiera le informó que el coste de cancelación del *swap* sería de 65.320,16 euros, ante lo que el actor decidió interponer la demanda[60].

B) Pronunciamientos de especial interés

Esta Resolución, reproduciendo otras anteriores, declara con rotundidad que no procede la nulidad absoluta apreciable de oficio por la vulneración del artículo 79bis de la Ley de Mercado de Valores. En concreto, esta Sentencia dice[61]:

«*(…) la infracción de los deberes legales de información contenidos en el artículo 79 bis LMV, incorporados con la Ley 47/2007, de 15 de noviembre, que traspuso la Directiva MIFID, no vicia por sí de nulidad absoluta el contrato o negocio, y por ello no puede ser apreciada de oficio.*

En la Sentencia 716/2014, de 15 de diciembre, después de recordar que la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, analizamos si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes impuestos en el artículo 79 bis LMV, al amparo del artículo 6.3 del Código Civil, y concluimos que no.

«*Conforme al artículo 6.3 del Código Civil, «(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». La norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la*

apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y sigs. LMV).

Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014.

Pero la mera infracción de estos deberes, en concreto, en este caso el deber de recabar el test de conveniencia, no conlleva por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato, como pretende el recurrente, por las razones antes apuntadas y porque, con la contravención de estos deberes legales no cabe advertir que se hayan traspasado los límites autonomía privada de la voluntad (art. 1255 del Código Civil)».

Por lo tanto, mediante la técnica de remisión a un pronunciamiento anterior que se centraba en la falta de realización del test de conveniencia, esta Sentencia descarta la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil porque la norma administrativa vulnerada impone como consecuencia de su infracción una sanción administrativa y porque no se han traspasado los límites de la autonomía de la voluntad. Lo cual no deja de ser coherente con los criterios generales que había mantenido el Tribunal Supremo respecto a la aplicación del citado precepto[62].

III. PRONUNCIAMIENTOS POSTERIORES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

Posteriormente sigue habiendo pocos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales que traten expresamente esta cuestión. Pero los que hay parecen seguir los postulados explicados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido la SAP de Soria, Sec. 1.ª, de 27 de abril de 2016, en un voto particular indica[63]:

«*El eventual incumplimiento de preceptos que determinan normativamente el contenido del deber de información, no cabe anudarlo a un supuesto de nulidad radical, sino, en todo caso, a la causación de un vicio de consentimiento por error o dolo. Efectivamente, tal y como recoge la SAP de La Coruña de 31/07/2015, existe un importante bloque jurisprudencial que viene reiterando que el incumplimiento de la normativa sectorial, no puede reputarse determinante para los tribunales civiles a la hora de resolver litigios como el que nos ocupa hasta el punto de sustentar en ella la nulidad de pleno derecho de los contratos derivada de la contravención de normas imperativas (art. 6.3 del Código Civil (EDL 1889/1)), sin perjuicio de que el incumplimiento de deber informativo pueda producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por concurrir error, lo que en el presente supuesto, ya hemos expuesto, no cabe apreciar por caducidad de la acción*».

De forma parecida la SAP de Vizcaya, Sec. 5.ª, de 20 de septiembre de 2016 en un litigio de permutas financieras sostiene[64]:

«*Sostiene la representación actora (…) en un alegato impugnatorio que no va aquí a prosperar en cuanto sustentada en contravención de normas imperativas, con cita del artículo 6.3 del Código Civil, por no haber proporcionado la demandada a su cliente en la comercialización del producto la información debida y exigida por la LMV y su Reglamento de Desarrollo, esta Sala tiene reiterada la improce-*

dencia de una declaración de nulidad absoluta cuando la normativa del mercado de valores que se sostiene infringida no sanciona con la nulidad contractual este incumplimiento y tampoco se está en un supuesto de nulidad absoluta contemplada en el Código Civil».

De manera similar la SAP de Pontevedra, Sec. 6.ª, de 3 de octubre de 2016, en caso de *swaps* comenta[65]:

«*Se plantea a través del recurso las consecuencias que cabría derivar de la infracción del deber de información y concretamente la nulidad basada en el artículo 6.3 del Código Civil.*

(…)

Decíamos en nuestra Sentencia [STS Sala Primera, de 30 de junio de 2015] que, acuerdo con esta doctrina del TJUE, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos llevaba a analizar si, de conformidad con nuestro Derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento de los deberes de información impuestos por el artículo 79.bis Ley del Mercado de Valores, al amparo del artículo 6.3 del Código Civil. Tomábamos en consideración que la norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79.bis de la Ley del Mercado de Valores no estableció, como consecuencia de su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero, sino otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción específica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79.bis, al calificar esta conducta de «infracción muy grave» (art. 99.2zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y sigs. de la Ley del Mercado de Valores)».

La Sentencia concluye afirmando que «Con lo anterior no negábamos que la infracción de estos deberes legales de información pudiera tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero considerábamos que la mera infracción de estos deberes de información no conllevaba por sí sola la nulidad de pleno derecho del contrato».

En la STS Sala Primera de 11 de marzo de 2016 se reitera dicho criterio al señalar que «Como ya dijimos en la Sentencia 549/2015 de 22 de octubre, la infracción de la normativa reguladora del mercado de valores que regula la información que las empresas de inversión deban dar a sus clientes no provoca por sí misma la nulidad del contrato, pero sirve para determinar el carácter sustancial y excusable del error».

Por lo tanto debemos desestimar igualmente en este punto el recurso de apelación, ya que la infracción de la normativa reguladora contemplada en normas imperativas no conlleva la nulidad del contrato, aun cuando obviamente debe ser analizada para determinar la posible existencia de vicio de consentimiento al haber podido ser prestado por error».

En esa misma línea la SAP de Zaragoza, Sec. 2.ª, de 4 de octubre de 2016 señala en un pleito de participaciones preferentes[66]:

«*En cuanto a la nulidad interesada por infracción de normas imperativas, hay que remitirse a las Resoluciones de esta misma Sala (sin ir más lejos la reciente de fecha 20 de septiembre de por citar una reciente) en las que se viene poniendo*

de relieve que las supuestas infracciones de la normativa sectorial administrativa, en concreto en el ámbito del Mercado de Valores tienen atribuidas consecuencias distintas de la nulidad negocial, pues giran dentro del ámbito sancionador administrativo (art 95 a 107) por lo que de conformidad con el artículo 6.3 del Código Civil (EDL 1889/1), aquellas serán las consecuencias marcadas por el Ordenamiento Jurídico, caso de infracción.

El Tribunal Supremo con referencia a la infracción de las normas imperativas en el ámbito de la contratación financiera pone de relieve que no llevan a la nulidad radical de los contratos en los que se ha producido la infracción en cuanto la Sentencia del TS de 30 de junio de 2015, reiterando jurisprudencia anterior, ha declarado que:

«*Consecuencias de esta infracción. La Sentencia de esta Sala núm. 716/2014, de 15 diciembre, ha afirmado que la ya citada STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-604/11 (EDJ 2013/69039), caso Genil 48 S.L., en su apartado 57, declaró que "si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 (EDL 2004/44323) prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias" y que, en consecuencia, "a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad (vid. Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27"*».

Por su parte, la SAP de Madrid, Sec. 20.ª, de 30 de diciembre de 2016 en un caso de bonos comenta[67]:

«*De este modo, la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, lo que nos lleva a analizar si, de conformidad con nuestro derecho interno, cabría justificar la nulidad del contrato de adquisición de este producto financiero complejo en el mero incumplimiento del deber de recabar el test de adecuación, al amparo del artículo 6.3 del Código Civil.*

13. Conforme al artículo 6.3 del Código Civil, "(l)os actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención". La norma legal que introdujo los deberes legales de información del artículo 79 bis LMV no estableció, como consecuencia a su incumplimiento, la nulidad del contrato de adquisición de un producto financiero. Sin embargo sí que dispuso expresamente otro efecto distinto, de orden administrativo, para el caso de contravención. La Ley 47/2007, al tiempo que traspuso la Directiva MiFID, estableció una sanción especifica para el incumplimiento de estos deberes de información del artículo 79 bis, al calificar esta conducta de "infracción muy grave" (art. 99.2.zbis LMV), lo que permite la apertura de un expediente sancionador por la Comisión Nacional del Mercados de Valores (CNMV) para la imposición de las correspondientes sanciones administrativas (art. 97 y sigs. LMV).

Con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la

falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014».

Consecuentemente, las Audiencias Provinciales parecen alinearse con los pronunciamientos estudiados en este artículo[68], rechazando de manera tajante la posibilidad de anular un contrato por los referidos incumplimientos de normativa bancaria.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL POSICIONAMIENTO JURISPRUDENCIAL ESTUDIADO

Como ha podido constatarse en un apartado anterior[69], el Tribunal Supremo desecha la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil claramente, pero no proporciona una amplia justificación y razonamiento para ello (a diferencia de lo acontecido con la STS de 22 de diciembre de 2009 y lo aparentemente exigido por su jurisprudencia anterior).

El posicionamiento puede parecer acertado, además de por otros motivos, por coherencia con sus propios criterios establecidos anteriormente, como el del hecho de que sea una normativa específica que impone sanciones y responsabilidad civil (no la nulidad) la que puede resultar infringida, de que tal regulación sea administrativa, que aparentemente se trate de un defecto subsanable en el tiempo[70] (al en teoría poderse cumplir a posteriori y confirmar el consentimiento que haya podido estar viciado).

También parecía presagiar la no aplicación del referido artículo pronunciamientos anteriores del Tribunal Supremo, como las SSTS de 14 de marzo de 1983 y de 29 de marzo de 1986 que declaran la nulidad por falta de consentimiento de un copartícipe (porque en estos casos podría argumentarse que falta el válido consentimiento del cliente), o más cercanamente, la STS de 22 de diciembre de 2009, que ha sido previamente reproducida[71].

Aunque hay otros criterios que permitirían sostener la posición contraria, como el interpretar que el incumplimiento de la normativa bancaria implica la ausencia del elemento esencial del consentimiento informado que se requiere para la conclusión del contrato de inversión (modelo quinto descrito en la STS de 10 de noviembre de 1964), que se trata de una prohibición con causa perpetua, teniendo la regulación bancaria analizada una función protectora de los intereses del mercado y de una de las partes del contrato (el consumidor)[72].

En este sentido, CARRASCO PERERA ya había comentado anteriormente que a estos efectos había que tener en cuenta el objeto de protección de la norma[73], (que es desarrollado particularmente por REDONDO TRIGO[74] para el caso de la regulación MIFID), la justicia contractual (reciprocidad de riesgos y prestaciones)[75], así como los efectos beneficiosos para el interés protegido, el coste de su realización y la eficacia de la nulidad como medida de prevención general[76], la posible instrumentalización de la contravención mediante cláusulas contractuales que pueden pretender simular un cumplimiento inexistente en la práctica[77] y la reprochabilidad o inocencia que pueda haber en quien demanda y quien se opone a la nulidad[78]. Todos estos criterios parecían presagiar que la solución que aplicaría el Alto Tribunal sería declarar la nulidad *ex* artículo 6.3 del Código Civil ante una vulneración de la normativa MIFID.

Así REDONDO TRIGO[79], estudiando particularmente la posible aplicación del citado precepto en supuestos de contravenciones de la regulación MIFID, indica:

«*Es decir, en nuestro caso, una contratación sin observación de las normas de conducta tipificadas supone que en la gran mayoría de los supuestos nos encontremos ante negocios jurídicos contraídos sin la constancia de los requisitos protectores establecidos de obligada observación, por lo que, no estaremos normalmente ante una simple omisión de lo preceptuado, sino ante una negociación en términos diferentes a los ordenados, debido al propio carácter y contenido de las normas de conducta aludidas.*

(…)

Las normas de conducta analizadas colman las obligaciones de información que la empresa de servicios de inversión ha de realizar a su cliente en base principalmente al principio general de la buena fe (arts. 7 del Código Civil y 57 del Código de Comercio), siendo muy relevantes en cuanto proporcionan adecuadamente elementos de interpretación contractual (arts. 1281 y sigs. del Código Civil), e incluso, juegan un papel primordial como protección frente al dolo in contrahendo *(arts. 1269 y 1270 del Código Civil), lo que supone evidentemente que dichas obligaciones de información impliquen un elemento esencial para la asunción de riesgos en la contratación del derivado por parte del cliente, proporcionando al mismo los correctos juicios de valor necesarios para la libre formación de su voluntad.*

Por otro lado, el deber de cuidado y diligencia existente en el asesoramiento, así como el de no anteponer los intereses propios de la empresa de servicios de inversión frente a los del cliente, suponen que no solo dicha fase precontractual, sino en el propio devenir del contrato, la infracción de los mismos genere un desequilibrio de las prestaciones con clara infracción de la conmutatividad contractual (vid. art. 1289 del Código Civil).

En función a dichas bases, la sanción administrativa o incluso la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) no colman la finalidad jurídico-protectora del inversor de los mercadores de valores (…)

De ahí que la finalidad protectora de estas normas de conducta esté íntimamente ligada —en nuestra opinión— a la conmutatividad contractual, por lo que la desigualdad producida en la contratación al haberse infringido tales normas de conducta no puede quedar subsanada si no se otorga además la posibilidad de la nulidad del negocio jurídico convenido, cumpliendo la misma, la verdadera satisfacción del contratante».

Nótese que todos estos motivos y argumentos no son rebatidos o rechazados por las sentencias estudiadas en este trabajo. Y que los mismos pueden resultar en principio tan plenamente aplicables y acertados como los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y 3 de junio de 2016.

Por consiguiente, parece que aunque existe un criterio claro fijado por varias sentencias del Tribunal Supremo respecto a la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en casos de vulneraciones de la normativa MIFID, la solución puede o podría ser otra siguiendo pronunciamientos y criterios suyos anteriores. Lo cual parece confirmar que la solución dada por el Alto Tribunal no deja de responder a la flexibilidad y discrecionalidad que disponen los tribunales para aplicar caso a caso el referido precepto.

V. CONCLUSIONES

De la jurisprudencia menor, doctrina y principalmente de las resoluciones estudiadas del Tribunal Supremo pueden inferirse las siguientes conclusiones

sobre la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil en los litigios sobre productos bancarios, financieros o de inversión en los que se alega la vulneración de normativa bancaria:

I. La nulidad radical sancionada por el citado precepto para los supuestos de contravención de normas imperativas tiene un ámbito de aplicación general, abarcando supuestos de regulación societaria, fiscal, administrativa, sucesoria, etc.

II. El Tribunal Supremo ha seguido diversos modelos complementarios y no secuenciales en el tiempo que plantean una serie de criterios algo indeterminados para la aplicación del mencionado artículo.

III. Con independencia del modelo seguido para la resolución del pleito concreto, la jurisprudencia tiende a resolver con flexibilidad y casuísticamente cada caso.

IV. Habitualmente el Alto Tribunal ha rechazado aplicar el precepto 6.3 del Código Civil en casos de regulación administrativa.

V. Había jurisprudencia menor y tratadistas con posiciones encontradas sobre la posible aplicación del señalado artículo para los supuestos de infracción de la normativa bancaria, y más específicamente, de la Ley Mercado de Valores respecto a las obligaciones establecidas en cuanto a la comercialización de productos bancarios o de inversión.

VI. El Tribunal Supremo ha descartado de forma tajante la posibilidad de anular un contrato únicamente por la vulneración de las referidas normas en sus SSTS de 22 de octubre de 2015, de 11 de marzo de 2016 y de 3 de junio de 2016. (Tanto respecto de la infracción del deber informativo como sobre la falta de cumplimentación de los tests MIFID). Sin perjuicio de lo anterior, y ante la falta de un mayor desarrollo argumental en tales pronunciamientos, aparentemente existen criterios apuntados por el propio Alto Tribunal en Sentencias anteriores que permitirían sostener una solución en sentido contrario.

VII. Las Audiencias Provinciales han continuado aplicando la doctrina mayoritaria anterior que rechazaba la aplicación del precepto 6.3 del Civil en estos supuestos, siguiendo en algunas ocasiones de manera expresa los postulados de las sentencias analizadas en este trabajo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, Á. (1992). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), EDERSA, Madrid.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid.

GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.

GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del interest *rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII.

LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

MARÍN NARROS, H. D. (2015). Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 748.
— (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
— (2015). La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751.
PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Comares, Granada.
PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *Comentarios al Código Civil I*, Rams Albesa, J. y Moreno Flórez, R. M. (coords.), Bosch, Barcelona.
REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.
RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009). *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.

VII. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 31 de marzo de 1981
- STS de 7 de julio de 1981
- STS de 26 de junio de 1982
- STS de 29 de enero de 1983
- STS de 14 de marzo de 1983
- STS de 8 de julio de 1983
- STS de 3 de diciembre de 1984
- STS de 20 de mayo de 1985
- STS de 5 de noviembre de 1985
- STS de 29 de marzo de 1986
- STS de 21 de junio de 1986
- STS de 4 de diciembre de 1986
- STS de 17 de octubre de 1987
- STS de 26 de junio de 1989
- STS de 15 de diciembre de 1989
- STS de 17 de febrero de 1992
- STS de 3 de septiembre de 1992
- STS de 15 de febrero de 1993
- STS de 22 de julio de 1993
- STS de 27 de diciembre de 1993
- STS de 26 de abril de 1995
- STS de 13 de noviembre de 1995
- STS de 3 de junio de 1996
- STS de 20 de junio de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997

- STS de 24 de abril de 1997
- STS de 22 de julio de 1997
- STS de 23 de diciembre de 1997
- STS de 20 de julio de 1998
- STS de 22 de diciembre de 2009
- STS de 20 de enero de 2014
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 8 de julio de 2014
- STS de 22 de octubre de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 9 de diciembre de 2015
- STS de 10 de diciembre de 2015
- STS de 17 de diciembre de 2015
- STS de 11 de marzo de 2016
- STS de 8 de abril de 2016
- STS de 11 de mayo de 2016
- STS de 3 de junio de 2016

Resoluciones de Audiencias Provinciales

- SAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 28 de marzo de 2011
- SAP de Barcelona, Sec. 5.ª, de 26 de enero de 2012
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 29 de marzo de 2012
- SAP de Barcelona, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013
- SAP de Oviedo, Sec. 1.ª, de 11 de abril de 2014
- SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014
- SAP de Soria, Sec. 1.ª, de 27 de abril de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 13.ª, de 15 de septiembre de 2016
- SAP de Vizcaya, Sec. 5.ª, de 20 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid, Sec. 11.ª, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Pontevedra, Sec. 6.ª, de 3 de octubre de 2016
- SAP de Zaragoza, Sec. 2.ª, de 4 de octubre de 2016
- SAP de Barcelona, Sec. 13.ª, de 30 de noviembre de 2016
- SAP de Madrid, Sec. 20.ª, de 30 de diciembre de 2016

NOTAS

[1] *Vid.* GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas, GARCÍA-PITA LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Derecho Mercantil*, Tomo XXXIX, V. 5.º, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, JUAN GÓMEZ, M. (2011). Aproximación práctica a la figura del *interest rate swap* o permuta financiera de tipos de interés, *Diario La Ley*, núm. 7581, Sección Doctrina, 3 de marzo de 2011, Año XXXII, PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

[2] Cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2015). «Estudio sobre las cuestiones controvertidas recurrentes en los pleitos de participaciones preferentes conforme a las SSTS de 18 de abril de 2013 y de 8 de septiembre de 2014, así como la jurisprudencia menor», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, MARÍN NARROS, H. D. (2013). «Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

núm. 737, REDONDO TRIGO, F. (2011), «La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723. También *vid.* SSAP de Zaragoza, Sec. 5.ª, de 28 de marzo de 2011, de Barcelona, Sec. 5.ª, de 26 de enero de 2012, de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 29 de marzo de 2012, de Barcelona, Sec. 1.ª, de 4 de noviembre de 2013, de Oviedo, Sec. 1.ª, de 11 de abril de 2014 y de Lugo, Sec. 1.ª, de 15 de abril de 2014, entre otras.

[3] Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000). *Jurisprudencia Civil Comentada. Código Civil*, Comares, Granada, p. 59.

[4] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000). *Comentarios al Código Civil I*, Rams Albesa, J. y Moreno Flórez, R. M. (coords.), Bosch, Barcelona, pp. 248 y sigs., RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009). *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), 3.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 62. De igual manera se ha pronunciado alguna sentencia como la STS de 26 de junio de 1982.

[5] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), EDERSA, Madrid, pp. 785 y sigs.

[6] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, pp. 776 y sigs., que también analiza su aplicación en el caso de infracción de normas constitucionales.

[7] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 776.

[8] Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

[9] Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

[10] Cfr. STS de 21 de junio de 1986.

[11] Cfr. STS de 21 de enero de 1942.

[12] Cfr. STS de 27 de diciembre de 1993.

[13] Cfr. SSTS de 26 de junio de 1989, de 18 de febrero de 1997 y de 23 de diciembre de 1997. Así CARRASCO PERERA indica que los contratos son el «*territorio normativo donde mayoritariamente tiene aplicación el artículo 6.3*». Cfr. *op. cit.*, p. 782. De igual manera, *vid. op. cit.*, p. 811.

[14] Cfr. *op. cit.*, p. 787.

[15] Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

[16] Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 59.

[17] Según CARRASCO PERERA tales modelos se fundamentan en la flexibilidad, sin que la validez tenga que estar expresamente ordenada en el texto de la norma vulnerada, atendiendo a una interpretación teleológica de la regulación y distinguiendo entre requisitos sustanciales y formalidades accidentales (primer modelo expuesto en la STS de 19 de octubre de 1944); en la exclusión de aplicación del artículo 6.3 del Código Civil cuando haya una legislación especial en la materia (modelo segundo con la STS de 28 de enero de 1958 como exponente. Nótese que en nuestro caso sí hay legislación especial que permitiría abogar por la no aplicación del precepto estudiado); diferenciar la nulidad expresa (declarada por una norma específica) y nulidad virtual (actos que contrarían un precepto legal que no establece expresamente su validez o nulidad), aplicándose en el último supuesto el test de la totalidad de las circunstancias, incluyendo los móviles y los efectos previsibles de los actos (tercer modelo representado por la STS de 27 de febrero de 1964), se convierte el precepto 6.3 del Código Civil en inútil, al declarar que el mismo no es, de por sí, bastante para fundar una declaración de nulidad (cuarto modelo ilustrado en la STS de 26 de mayo de 1964, aunque se sostiene que el Tribunal Supremo no ha hecho un uso real de este modelo); aplicar la nulidad del mencionado artículo cuando se trate de un acto constitutivo de estado o condición para cuya eficacia exija la ley determinados requisitos, y falte alguno esencial en el evento de que se trate (quinto modelo descrito en la STS de 10 de noviembre de 1964) y se aboga por la nulidad parcial (solo procediendo esta respecto de los contratos que únicamente alguno de sus pactos sea contrario a la ley y además conste que se habría concertado el negocio jurídico sin la parte nula) (modelo sexto establecido en la STS de 17 de octubre de 1987, que ha sido especialmente criticado por la doctrina por el requisito adicional de contemplar expresamente la voluntad de continuar con la validez del contrato) Cfr. *op. cit.*, pp. 788 y sigs.

[18] Como exponentes de la misma pueden citarse las SSTS de 27 de febrero de 1964, de 26 de mayo de 1964 y de 10 de noviembre de 1964.

[19] Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

[20] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit*., pp. 789 y 791, que llega incluso a hablar de «*imposibilidad de poner límites a la discrecionalidad jurisprudencial*».

[21] Cfr. SSTS de 23 de diciembre de 1976, de 29 de enero de 1983, de 15 de diciembre de 1989, de 22 de julio de 1997 y de 20 de julio de 1998, entre otras muchas. Aunque la jurisprudencia en un primer momento pareciera decantarse directamente a favor de la nulidad, incluso en casos de infracción de normas administrativas (SSTS de 18 de octubre de 1960, de 12 de julio de 1979 y de 20 de mayo de 1985). Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, pp. 60 y sigs.

[22] Cfr. SSTS de 3 de diciembre de 1984, de 5 de noviembre de 1985 y de 13 de noviembre de 1995. Aunque puede apreciarse como unas sentencias otorgan un peso más preponderante a la voluntad de las partes para aplicar la nulidad parcial (SSTS de 10 de octubre de 1977, de 4 de diciembre de 1986 y de 17 de octubre de 1987) y otras atienden al dato de si lo ilícito menoscaba los elementos esenciales del contrato (STS de 13 de noviembre de 1995). Este parece el posicionamiento más correcto para la doctrina. Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, pp. 66 y 67, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit,* pp. 249 y sigs. En todo caso, no conviene olvidar que en un primer momento hubo una tendencia a favor de nulidad total del acto jurídico (STS de 9 de junio de 1958), y que posteriormente la indivisibilidad del acto ha sido determinante para que el Tribunal Supremo declare la nulidad de todo el acto en un número considerable de ocasiones, como las SSTS de 22 de febrero de 1950, de 30 de noviembre de 1973 y de 3 de septiembre de 1992.

[23] Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE, L. (2007). *Fundamentos de Derecho Patrimonial I*, 6.ª ed., Civitas, Madrid, pp. 587 y sigs., LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 13.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 138 y sigs., RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, pp. 62, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 248 y 249, MARÍN NARROS, H. D. (2013), *op. cit.*

[24] Cfr. SSTS de 15 de diciembre de 1993, de 18 de marzo de 2008 y de 18 de julio de 2008. En cuanto a la doctrina, cfr. RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 63, PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 64, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 249 y 250.

[25] Cfr. PASQUAU LIAÑO, M. (2000), *op. cit.*, p. 64, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 63, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, p. 250. A estos efectos se dice «en principio» porque si bien es cierto que existe un nutrido número de sentencias que sostiene indubitadamente la apreciabilidad de oficio (SSTS de 17 de febrero de 1992, de 22 de julio de 1993 y de 18 de febrero de 1997), también hay una serie de pronunciamientos que directamente la rechazan por su menoscabo de los principios del proceso civil, y más destacadamente, del derecho de defensa (STS de 3 de enero de 1947). Particularmente en casos donde hay una apariencia de validez del acto que contraviene el ordenamiento (SSTS de 31 de diciembre de 1949, de 15 de octubre de 1957 y de 16 de mayo de 1970). En esta línea, algunas resoluciones del Alto Tribunal se han centrado en el dato de si los intereses protegidos por la norma vulnerada son de carácter público o privado, así como si el vicio de nulidad es manifiesto y patente, sin necesidad de una valoración judicial delicada (SSTS de 31 de marzo de 1981, de 15 de febrero de 1993, de 3 de junio de 1996, de 20 de junio de 1996 y de 24 de abril de 1997). Este posicionamiento parece en todo caso el más acertado para aplicar en pleitos sobre productos bancarios o de inversión, en los que ya de por sí se alegan multitud de argumentos para intentar conseguir la nulidad. En caso contrario, parece que se podría menoscabar seriamente el derecho de defensa de la correspondiente entidad financiera dentro del proceso.

[26] Cfr. RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 62. En ese sentido *vid.* artículos 238 y sigs. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y preceptos 225 a 231 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

[27] Cfr. SSTS de 7 de julio de 1981, de 8 de julio de 1983, de 17 de octubre de 1987 y de 26 de abril de 1995, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, p. 62, RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, pp. 248 y sigs. *Vid.* preceptos 62F) y G) y 63.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[28] Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2000), *op. cit.*, p. 248, RODRÍGUEZ MORATA, F. (2009), *op. cit.*, pp. 62 y 63.

[29] Cfr. SSTS de 10 de noviembre de 1964 y de 26 de junio de 1982, entre otras.

[30] Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vigente hasta el 13 de noviembre de 2015. Por lo tanto, la mayoría de las controversias se rigen por esta ley. Posteriormente se aplica el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

[31] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

[32] Cfr. SSTS de 20 de enero de 2014, de 9 de diciembre de 2015 y de 17 de diciembre de 2015, entre otras. Para más información sobre este posicionamiento jurisprudencial *vid.* MARÍN NARROS, H. D. (2015), «La cumplimentación de los conocidos como tests MIFID conforme a la interpretación de la STS de 20 de enero de 2014 y del resto de jurisprudencia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 751.

[33] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[34] *Vid.* SSTS de 20 de enero de 2014, de 10 de diciembre de 2015 y de 17 de diciembre de 2015 entre otras.

[35] Cfr. SSTS de 9 de diciembre de 2015 y de 17 de diciembre de 2015, entre otras muchas.

[36] Cfr. Fundamento de Derecho Décimo.

[37] Cfr. Fundamentos de Derecho Tercero y Cuarto.

[38] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

[39] Cfr. Antecedente de Hecho y Fundamento de Derecho Primero.

[40] Cfr. Antecedente de Hecho Cuarto.

[41] Cfr. Antecedente de Hecho Quinto.

[42] Cfr. Antecedente de Hecho Sexto.

[43] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[44] Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

[45] Cfr. SSTS de 20 de enero de 2014, de 25 de noviembre de 2015, de 8 de abril de 2016, de 11 de mayo de 2016.

[46] *Vid. ut supra* apartado II.1.B).

[47] Cfr. Antecedente de Hecho Primero, 1 y 2.

[48] Cfr. Antecedente de Hecho Primero, 3.

[49] Cfr. Antecedente de Hecho Primero, 4.

[50] Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

[51] Cfr. Antecedente de Hecho Tercero.

[52] Cfr. Fundamento de Hecho Primero, 2.

[53] Cfr. Fundamento de Derecho Noveno.

[54] *Vid. ut supra* apartados II.1B) y 2B).

[55] Cfr. Antecedente de Hecho Primero y Fundamento de Derecho Primero, 2.

[56] Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

[57] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 3.

[58] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 4.

[59] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 5.

[60] Cfr. Fundamento de Derecho Primero, 1.

[61] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo, 4.

[62] *Vid. ut supra* apartado I.

[63] Punto segundo del voto particular.

[64] Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

[65] Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

[66] Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

[67] Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

[68] En igual sentido *vid.* SAP de Barcelona, Sec. 13.ª, de 15 de septiembre de 2016, de Madrid, Sec. 11.ª, de 29 de septiembre de 2016, de Barcelona, Sec. 13.ª, de 30 de noviembre de 2016.

[69] *Vid. ut supra* apartado II.

[70] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 796.

[71] *Vid. ut supra* apartado I.

[72] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 798.

[73] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, pp. 799 y sigs.

[74] Cfr. *op. cit*.
[75] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 825.
[76] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 826.
[77] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 828.
[78] Cfr. CARRASCO PERERA, Á. (1992), *op. cit.*, p. 791.
[79] Cfr. *op. cit*.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Los días 10, 11 y 12 de mayo de 2017, se celebró en Sevilla el CONGRESO INTERNACIONAL *MENORES Y CRISIS DE PAREJA: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR*, organizado por el Decanato del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental en colaboración con la Universidad de Sevilla y la Universidad Pablo de Olavide.

Directores:
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
Juan José PRETEL SERRANO, Decano de los Registradores de Andalucía Occidental.

Coordinadores:
Manuel GARCÍA MAYO, contratado PIF, Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.
Eugenio PIZARRO MORENO, Profesor Titular acr. de Derecho Civil, Universidad Pablo de Olavide.

Comité organizador:
Bernardo Jesús PERIÑÁN GÓMEZ, Director del Departamento de Derecho Privado, UPO.
Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Profesora Contratada Doctora, UPO.
Juan Pablo MURGA FERNÁNDEZ, Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, US.
Rosario SÁNCHEZ VALLE, Investigadora de Derecho Civil, US.

Comité Científico:
Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, Catedrático de Derecho Civil, US y Dr.H.C. UPO.

Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, Director del Servicio de Estudios de Andalucía Occidental.
Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, Catedrático de Derecho Civil, US.
José Luis ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, Profesor Titular de Derecho Civil, US.
Francisco INFANTE RUIZ, Profesor Titular de Derecho Civil, UPO.
Laura LÓPEZ DE LA CRUZ, Profesora Titular acr. de Derecho Civil, UPO.

Día 10 (Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla).
Apertura del Congreso a cargo de D. Emilio DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, (Consejero de Justicia) y de otras autoridades académicas.

«Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros», Juan José PRETEL SERRANO, Decano de los Registradores de Andalucía Occidental.
María Dolores CERVILLA GARZÓN, Catedrática acr. de Derecho Civil, Universidad de Cádiz.
«Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar»
Carmen HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Catedrática de Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid.
María José CUENCA BONILLA, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia de Familia Número 6 de Sevilla.
Giuseppa PALMERI, Professoressa ordinaria di Diritto Privato, Università di Palermo
Aurora LÓPEZ AZCONA, Profesora Titular acr. de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza.

Día 11 (Salón de Grados del edificio 7, Universidad Pablo de Olavide).
«Menores y desahucio: un supuesto desregulado de interés superior del menor»
Eugenio PIZARRO MORENO, Profesor Titular acr. de Derecho Civil, UPO.
Lucía VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Profesora Contratada Doctora, UPO.
«Pago del préstamo hipotecario, que grava la vivienda familiar, tras la crisis matrimonial»
María Luisa MORENO TORRES, Catedrática acr. de Derecho Civil, Universidad de Málaga.
Carmen FERNÁNDEZ-VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, Profesora Titular de Derecho Civil, US.
«Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar propiedad de un tercero»

Damián ÁLVAREZ GARCÍA, Presidente de la Audiencia Provincial de Sevilla.
César HORNERO MÉNDEZ, Profesor Contratado Doctor de Derecho Civil, UPO.
«La atribución del uso de la vivienda familiar y la intervención notarial»
Javier FEÁS COSTILLA, Notario en Sevilla.
José Karel FERNÁNDEZ MARTELL, Profesor y Notario en Cuba e investigador US.
«Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la atribución del uso de la vivienda familiar»
Ana MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado, US.

Día 12 (Salón de Actos del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental).
«Atribución de la vivienda familiar y relaciones paterno-filiales en Derecho italiano»
Luigi BALESTRA, Professore ordinario di Diritto Privato, Università di Bologna.
«Modificación y extinción del uso de la vivienda familiar»
Asunción MARÍN VELARDE, Profesora Titular de Derecho Civil, US.
Chantal MOLL DE ALBA LACUVE, Profesora Agregada de Derecho Civil, Universidad de Barcelona.
«La atribución del uso de la vivienda familiar en las uniones de hecho»
Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Catedrático acr. de Derecho Civil, US.
Manuel GARCÍA MAYO, Contratado PIF, Departamento de Derecho Civil, US.
«La necesaria reforma del artículo 96 del Código Civil»
Francisco OLIVA BLÁZQUEZ, Catedrático acr. de Derecho Civil. UPO.
Ana Laura CABEZUELO ARENAS, Profesora Titular de Derecho Civil, US.
Isabel MEDINA SUÁREZ, Abogada y mediadora familiar, exdiputada de PODEMOS.

Clausura del Congreso:
ÁGAPE por deferencia del Colegio de Registradores de Andalucía Occidental

MADRID

Los días 4 y 5 de mayo de 2017, se celebró en Madrid, en el Salón de actos de la Facultad de Derecho/Políticas (UNED), el SEMINARIO INTERNA-

CIONAL *NUEVAS FÓRMULAS EN LA REGULACIÓN DEL MECENAZGO Y LAS FUNDACIONES.*

Organiza: Proyecto I+D+i DER 2013-48825-R (Mineco), Facultad de Derecho, UNED.

Ponentes principales:
Prof. James J. FISHMAN, Emeritus Prof. Elisabeth Haub School of Law, Pace University (New York).
Dr. José M. EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho mercantil, Universidad de Valencia.
Prof. Dra. Evelyn BRODY, Law Professor, Chicago-Kent Law School (Illinois Institute of Technology).
Prof. Debra MORRIS, Charity Law & Policy Professor, Liverpool University.
Lda. Isabelle COMBES, Legal Director, Fondation de France (París).
Dr. Juan-Cruz ALLI TURRILLAS, Director del proyecto y seminario, Profesor titular de Derecho administrativo, UNED.

Ponentes (comunicaciones):
Dr. Isidro MARTÍN DÉGANO, Prof. titular Derecho financiero, UNED.
Dra. Marta MONTERO SIMÓ, Derecho financiero, Universidad Loyola Andalucía.
Drs. Nohemí BOAL & Enrique RÚA ALONSO DE CORRALES, Economía financiera, Universidad San Pablo-CEU.
Dr. Jesús GÓMEZ GARZÁS, Derecho romano, Facultad de Derecho, UNED.
Dras. Fátima YÁÑEZ VIVERO; Rosa A. LEONSEGUI; Fernanda MORETÓN; Juana RUIZ-JIMÉNEZ; Lourdes TEJEDOR, Derecho civil, Facultad de Derecho, UNED.

Relator final:
Dr. Jorge GARCÍA-ANDRADE, Prof., Universidad de Alcalá.

El día 11 de mayo de 2017, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar la JORNADA *LA VECINDAD CIVIL EN UN ESTADO PLURILEGISLATIVO.*

Ponentes:
Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.
María Ángeles EGUSQUIZA BALMASEDA, Catedrática de Derecho Civil en la Universidad Pública de Navarra.

El día 31 de mayo de 2017, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar la JORNADA *LA APERTURA Y TRANSFORMACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROPIEDAD EN CUBA*.

Ponentes:
María Elena COBAS COBIELLA, Profesora Contratada Doctor en la Universidad de Valencia.
Yuniel ROSABAL ROBAINA, M. Sc en Derecho Civil, en la Universidad de La Habana. Registrador de la Propiedad de la Habana Vieja, La Habana.
M.ª Luz MARTÍNEZ VELENCOSO, Profesora Titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia.

El día 19 de junio de 2017, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar la JORNADA *JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN RELACIÓN CON LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y EL MERCADO HIPOTECARIO*.

Ponentes:
D. Maciej SZPUNAR. Abogado General del TJUE.
D. Francisco MARÍN CASTÁN, Presidente de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

VALENCIA

El día 19 de junio de 2017 tuvo lugar, en el salón de actos del Rectorado de la Universitat de València, el solemne ACTO ACADÉMICO DE CLAUSURA DEL CURSO 2016-2017 DE LA CÁTEDRA DE DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL *BIENVENIDO OLIVER*. El acto se desarrolló y contó, con la presencia de destacadas autoridades del mundo académico, registral y jurídico.

La mesa presidencial estuvo compuesta por Pilar DE LA OLIVA, presidenta del TSJCV, Mª Emilia ADÁN, Decana Autonómica del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de la Comunitat Valenciana, y Rafael VERDERA, Director del departamento de Derecho civil de la Universitat de València. Junto a ellos compartieron mesa Rafael CRESPO, Vicerrector de Estudios de Postgrado y María Elena OLMOS, Decana de la Facultad de Derecho, ambos de la Universitat de València.

En el transcurso del acto, registradores y universidad rindieron un homenaje conjunto a Juan Manuel LLOPIS, encargado de la Cátedra durante más de quince años, en reconocimiento por su labor en este área. A tal efecto, el Vicerrector de Estudios de Postgrado, Rafael CRESPO, le hizo entrega de una placa conmemorativa.

La lección de clausura corrió a cargo de Vicente GUILARTE, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Catedrático de Derecho Civil. Su intervención llevaba por título *La defensa del deudor en el anteproyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*.

El acto sirvió de encuentro entre registradores, universidades y la sociedad valenciana, una relación que se consolida con el esfuerzo de todos los registradores que a lo largo del curso han colaborado con las distintas universidades en cursos, másteres, prácticas y seminarios, coordinados por el encargado de la Cátedra, Juan Manuel LLOPIS, y el Centro de Estudios Registrales.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

BUSTO LAGO, J. M. (dir.): *Curso de Derecho civil de Galicia*. Atelier, Barcelona, 2015. 481 páginas. Manual.

por

SANTIAGO ARAGONÉS SEIJO
Juez

La editorial barcelonesa Atelier ha publicado, en los últimos años, varios comentarios y manuales universitarios dedicados a los distintos derechos civiles de las Comunidades Autónomas. Respecto al derecho civil catalán, destacan unos extensos comentarios sobre los libros segundo y cuarto del Código Civil catalán, relativos a la familia y a las sucesiones, y —en enero de 2017— la segunda edición de la parte general y derecho de la persona. Por su parte, en 2016 salió a la luz el *Manual de Derecho civil vasco*, adaptado a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco.

Será objeto de la presente recensión la obra *Curso de Derecho civil de Galicia*, dirigida por el Catedrático de Derecho civil de la Universidad de A Coruña José Manuel BUSTO LAGO y en el que colaboran los Profesores titulares de Derecho civil, de la misma Universidad, Natalia ÁLVAREZ LATA y Fernando PEÑA LÓPEZ.

Tras la publicación de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), destacaban los *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia* publicados en el año 2008 por la editorial Aranzadi y el *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*, editado por el Colegio Notarial de Galicia. A diferencia de las dos obras anteriores, el *Curso de Derecho civil de Galicia* contiene —como destaca la nota introductoria— una regulación sistemática del derecho propio de Galicia. La obra sigue la clásica distinción de la manualística del derecho civil: parte general, derecho de familia, derechos reales, contratos y derecho de sucesiones. En nuestra opinión, y pese al título de la obra, quizás resulta un tanto extenso y complejo el estudio del libro para los estudiantes universitarios. La distribución entre los tres autores ha sido la siguiente: Fernando PEÑA LÓPEZ los tres capítulos de la parte general —fuentes, casación autonómica y persona jurídica—, Natalia ÁLVAREZ LATA los dos capítulos sobre persona y familia y José Manuel BUSTO LAGO los restantes once capítulos, que examinan los contratos, los derechos reales y las sucesiones.

El capítulo I, se titula «Sistema de fuentes y ámbito de aplicación del Derecho civil de Galicia». Entre las fuentes del derecho civil gallego destacan los usos y costumbres notorios, que no requerirán de prueba, y que se limitan ahora —tras la aprobación de la LDCG— a costumbres de naturaleza agraria.

Trata el segundo capítulo «El recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia», en el que se examina la Ley gallega 5/2005, de 25 de abril. Destacan como motivos de casación la infracción de normas sustantivas —no las

procesales— y el desconocimiento de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.

Al igual que en otras Comunidades Autónomas, la de Galicia tiene normas propias sobre la protección de los menores, consistentes en el desamparo y tutela administrativa. Se advierte en el capítulo III, que recoge el «derecho de la persona», que el Derecho civil gallego carecía de antecedentes sobre la regulación de la adopción y que la LDCG es una reduplicación o reiteración del Código Civil. La Profesora Álvarez señala la duda sobre la constitucionalidad de la regulación de la autotutela en Galicia, cuya función y regulación es idéntica a la del Código Civil. Por el contrario, sí que es radicalmente distinta la institución gallega de la ausencia no declarada, dado que el cónyuge, los descendientes o ascendientes asumirán la representación legal del ausente, sin sujeción a ningún plazo y sin necesidad de que sea declarada judicialmente dicha situación. Por nuestra parte, y sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de derecho de la persona y de familia de la LDCG, cabe citar las Sentencias del Tribunal Constitucional 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio; y, 192/2016, de 16 de noviembre, que han provocado la reducción del pretendido derecho civil valenciano a los arrendamientos rústicos y a los contratos agrarios. Seguramente, dicha doctrina jurisprudencial provocará una drástica reducción de la parte de derecho de la persona del Derecho civil gallego.

También de forma similar a la mayoría de autonomías, la de Galicia regula las fundaciones de interés gallego (Ley 12/2006, de 1 de diciembre), las cooperativas (Ley 5/1998, de 18 de diciembre) y los aspectos registrales de las asociaciones (Decreto 276/1997, de 25 de septiembre). De forma acertada analiza el Profesor Peña, en el capítulo IV, el régimen jurídico y la organización de dichas personas jurídicas.

El capítulo V, sobre «Derecho de familia», incluye tanto los aspectos patrimoniales como personales de las especialidades gallegas. Por su conocido arraigo, se dedica una especial atención a la compañía familiar gallega. Se entiende como tal, la que se constituye —aún de forma tácita— entre labradores con vínculos de parentesco con el objetivo de vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasarado o explotaciones pecuarias pertenecientes a todos o algunos de los reunidos. Su naturaleza es —según la jurisprudencia— la de una sociedad universal de ganancias o una comunidad por cuotas, que carece de personalidad jurídica. La independencia económica de algún miembro de la familia es un signo contrario a la existencia de la compañía.

La LDCG distingue entre el activo y el pasivo de la compañía familiar. Pese a que carece de personalidad jurídica, el contrato de constitución podrá determinar al administrador de la compañía o —en su defecto— lo será el patrucio (representante principal de la casa), su viuda o el que de modo notorio ejerza la administración, pero no se regulan las relaciones internas de los miembros. Se prevé la modificación de la compañía por algunas circunstancias de los miembros y ello desencadenará una liquidación parcial del haber social. Por último, las causas de extinción provocan la liquidación de la compañía.

En el capítulo quinto también se trata el régimen económico matrimonial —siendo supletorio el de gananciales— las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, las parejas de hecho —cuya constitución requiere la inscripción en un registro administrativo— y la mediación familiar.

Los contratos existentes en el derecho gallego se examinan en el capítulo VI, titulado «contratos: arrendamientos, aparcerías y vitalicio». Como verdadera especialidad de arrendamiento rústico destaca el de lugar acasarado —entendido

como unidad orgánica de explotación agropecuaria, forestal o mixta— ya que la transmisión no provoca la extinción del contrato y la duración mínima del arriendo será de cinco años en lugar de los dos años agrícolas. Aunque tiene una marcada naturaleza administrativa, se incluye una referencia al Banco de tierras de Galicia. En Galicia la aparcería puede incluir la casa de labor y sus dependencias y los arrendamientos rústicos históricos —los concertados antes del 1 de agosto de 1942— permiten el acceso a la propiedad de las fincas arrendadas. Finalmente, y por el progresivo envejecimiento de la población, se ha regulado de forma completa el contrato de vitalicio —que debe constituirse en escritura pública— siendo la acción resolutoria —que es intransmisible *mortis causa*— por incumplimiento la más aplicada por los tribunales.

Junto a la compañía familiar gallega se puede considerar de gran tradición en el derecho gallego los montes vecinales en mano común. Gran parte del capítulo VII se dedican a tales montes pero incluye otras situaciones de comunidad bajo el título «las comunidades de bienes en el derecho civil propio de Galicia». En este sentido, la *veciña* es la reunión del conjunto de patrucios de una parroquia que administra —en régimen de comunidad germánica— bienes privados destinados a ciertos usos agrícolas.

En los montes vecinales de mano común, para el aprovechamiento por las agrupaciones vecinales, sin atribución de cuotas, es necesaria una previa resolución administrativa que lo declare como tal por el Jurado provincial de clasificación. La Ley gallega 13/1989, de 10 de octubre, regula el procedimiento administrativo de calificación y cualquier cuestión atinente a la propiedad de cada finca corresponde siempre a la jurisdicción civil. Tras la clasificación tendrá lugar el deslinde, la señalización y demarcación del monte vecinal y la resolución administrativa de deslinde será título suficiente para la rectificación en el Registro de la Propiedad. La protección de los montes vecinales se rige por las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad, indivisibilidad e inembargabilidad. Una asamblea general y una junta rectora son los órganos de gestión, gobierno y representación de la comunidad, que carece de personalidad jurídica.

A diferencia de los montes vecinales los *montes abertales, de varas, de voces o de fabeo* son montes de propiedad privada que pertenecen en copropiedad romana, en régimen de proindivisión, a uno a varias localidades. Se regulan en la LDCG algunas comunidades en materia de aguas: pluviales (*escorrentías*), de aguas subterráneas, para riego (*torna torna* o de *pilla pillota*). Otros usos comunales agrarios son las *agras* o *vilares* —entre un conjunto de fincas cerradas— o la *serventía*, que vendría a ser como un derecho de paso pero sin la distinción entre fundo dominante y sirviente. Por último, y para el uso y aprovechamiento de un molino en régimen de comunidad germánica, se contemplan los *muiños de herdeiros*.

Las peculiaridades consuetudinarias de Galicia relativas a las distancias intermedias y a la medianería merecen un capítulo aparte, el VIII, sobre «relaciones de vecindad». La jurisprudencia de las Audiencias y del TSJ de Galicia considera que el artículo 591 del Código Civil solo es aplicable en defecto de costumbre, y se citan numerosas ordenanzas locales que regulan las distancias mínimas de las plantaciones arbóreas. En la LDCG se fijan numerosas presunciones contrarias a la existencia de medianería: el *cómaro*, *el ribazo*, *el arró*, la costumbre de *cara boa*, *resío*, *venela* y *gavia*.

En el capítulo IX se dedica un pormenorizado estudio a la «servidumbre de paso». Se examinan ampliamente los modos de constitución de esta clase de servidumbre, que son: la ley, por dedicación del dueño del predio sirviente, por

negocio jurídico y por usucapión. En caso de que se constituya por donación no se requiere escritura pública, a diferencia del artículo 633 del Código Civil la usucapión puede ser la extraordinaria. También analiza el autor el contenido del derecho, las causas de extinción y suspensión. Finalmente, se destaca que la acción negatoria por parte del propietario prescribe a los treinta años.

De forma escueta, pero atinada, se dedica el capítulo X al «retracto de graciosa», que es un derecho real de adquisición preferente cuyo titular es el deudor ejecutado que ostente la condición subjetiva de profesional de la agricultura. Los bienes retraíbles son aquellos muebles o inmuebles que pertenezcan a una explotación agrícola, ganadera o forestal. Tras concluir el procedimiento judicial o extrajudicial de ejecución, el órgano que realizó la adjudicación debe notificar, de oficio, el acto de adjudicación y sus condiciones al deudor agricultor. En el plazo de caducidad de treinta días, a contar desde la notificación de la adjudicación, el deudor podrá recuperar el bien si paga el precio de la adjudicación y los gastos.

Los últimos cinco capítulos, a cargo del Catedrático BUSTO LAGO, tratan las especialidades de las sucesiones en el Derecho civil gallego. En el primero de ellos, sobre «delación de la herencia, sucesión testada e intestada», cabe remarcar la supresión de las reservas hereditarias y de la reversión legal de las donaciones, el testamento mancomunado y el testamento por comisario.

El testamento mancomunado es aquel en el que en un solo otorgamiento o acto solemne de testar se contienen las declaraciones de última voluntad de dos o más personas que tengan vecindad civil gallega. Solo puede otorgarse o revocarse en la forma abierta notarial. La revocación puede ser mancomunada —normalmente mediante el otorgamiento de un nuevo testamento mancomunado— o unilateral, distinguiéndose en este último caso si ha fallecido alguno de los testadores. Si tiene lugar la revocación en vida resulta necesaria la notificación al otro otorgante. En caso de fallecimiento o incapacidad de testar, no podrán revocarse las disposiciones recíprocamente condicionadas.

Como en otros derechos forales, también se prevé en el gallego el testamento por comisario, entendido como aquel que uno de los cónyuges otorga en ejercicio de la facultad gestatoria concedida por el otro. La designación del comisario puede hacerse en capitulaciones matrimoniales o en testamento y los herederos o legatarios podrán ser los hijos o descendientes comunes. Mientras no se ejercite la elección, que tiene carácter vitalicia, el comisario ostentará la condición de administrador de la herencia. El orden de la sucesión intestada del causante con vecindad civil gallega es la misma que la del Código Civil pero se incluye al cónyuge o conviviente antes que los hermanos y demás colaterales.

El capítulo XII trata la «sucesión paccionada», en la que se distingue entre los pactos de mejora y los pactos de apartación. En los de mejora el ascendiente atribuye determinados bienes, de forma irrevocable, a favor de un hijo o descendiente y puede ser con o sin entrega coetánea de los bienes. Una modalidad de mejora es la de labrar y poseer, para mantener indiviso un lugar acasarado. En los pactos de apartación se excluye irrevocablemente a un legitimario y a su linaje de la condición de herederos forzosos a cambio de la adjudicación de bienes por el apartante.

Ocupa el capítulo XIII «el usufructo voluntario del cónyuge viudo», que tiene carácter inalienable, renunciable y susceptible de conmutación. Cuando el usufructo sea universal el cónyuge viudo debe pagar las deudas de la herencia y cobrar los créditos de la misma.

En la LDCG se ha optado por alterar la naturaleza jurídica de la legítima y en el capítulo XIV, de «las legítimas», se afirma que el sistema actual es de *pars*

valoris porque se configura como un derecho de crédito del legitimario y solo permite instar una anotación preventiva. Los legitimarios son los hijos y los descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados e indignos —a los que se le atribuye una cuarta parte del valor hereditario líquido— y el cónyuge viudo o pareja de hecho —que tendrá el usufructo de una cuarta parte si concurre con descendientes o de la mitad en caso de extraños—, careciendo de tal calidad los ascendientes del causante. Se regula en la LDCG la desheredación, la preterición y la protección de los legitimarios.

Finalmente, en el capítulo XV sobre «la partición de la herencia», cabe destacar la partición conjunta por los cónyuges —en la que pueden incluir los bienes gananciales— y la practicada por los herederos, en la que la mayoría de los herederos pueden decidir que un Notario nombre un contador-partidor por sorteo y en el que los cupos también son sorteados.

CANEDO ARRILLAGA, María Pilar & GORDILLO PÉREZ, Luis I. (Dirs.): *Los perfiles del jurista en el siglo XXI*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2016

por

LUIS ARMANDO GARCÍA SEGURA

Profesor Doctor

Coordinador de la Cátedra Nebrija-Santander en Gestión de riesgos y conflictos / Director del Máster Universitario en Derecho empresarial / Miembro del grupo de investigación SEGERICO

Universidad Antonio de Nebrija

Como resultado principal del proyecto de investigación *Employability and legal education in the transnational society. Profiling the Global Lawyer*, los profesores María Pilar CANEDO ARRILLAGA y Luis I. GORDILLO PÉREZ, de la Universidad de Deusto y en calidad de directores, nos presentan esta obra que pretende ser una importante contribución a la noble tarea del establecimiento de un nuevo perfil académico-profesional del egresado de Derecho en las universidades españolas.

Podríamos afirmar que este tipo de análisis sobre la relevancia profesional de los egresados de la carrera de Derecho tiene su origen en los Estados Unidos de América, a raíz del dinamismo y poderío económico de la industria de servicios jurídicos de dicho país. Dicha industria ejerce una influencia notoria sobre el mundo de los negocios en general, colocando al abogado y a los despachos a través de los cuales estos brindan sus servicios, en el punto de mira respecto al valor que aportan a sus clientes.

A estos efectos, a medida que los honorarios de los despachos han ido incrementándose, también han ido en aumento las exigencias y expectativas de sus clientes. Por lo tanto, las facultades de Derecho norteamericanas fueron incorporando y modificando sus programas a partir de las recomendaciones vertidas por la propia industria. Dichas sugerencias normalmente eran plasmadas en investigaciones de campo realizadas por las facultades y que luego se publicaban.

Pues bien, esta monografía asume en su esencia esta tendencia propiciada por los compañeros de profesión norteamericanos. La misma cuenta con ocho capítulos escritos por una docena de profesores, provenientes la mayoría de la

Universidad de Deusto, así como de la Universidad Francisco de Vitoria y la Universidad de Murcia.

El primer capítulo le corresponde a las profesoras María Pilar CANEDO ARRILLAGA y Paula COMELLAS ANGULO, quienes tras reflexionar sobre el rol de la universidad en la sociedad del siglo XXI y el aprendizaje basado en competencias, proponen un nuevo perfil académico-profesional para la figura del jurista global. Algunas de las competencias más relevantes que debería tener dicho jurista son:

- Gestión de la información;
- Actuar de manera leal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa;
- Ser consciente de la dimensión ética de las profesiones jurídicas y de la responsabilidad social del graduado en Derecho, y actuar en consecuencia.

El segundo capítulo es de la profesora María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, la cual hace una revisión crítica de las competencias del graduado en Derecho. Su conclusión es que ha llegado la hora de cuestionar la bondad de los planes de estudios del Grado en Derecho español, tomando en cuenta especialmente las carencias y virtudes reales de los mismos, apreciables en los resultados de inserción en el mercado laboral de las primeras promociones.

El tercer capítulo lo redactó el profesor Germán G. TERUEL LOZANO, en donde hace una reflexión crítica a la implantación del Plan Bolonia en España desde la perspectiva del Grado en Derecho. Para dicho profesor, el Plan Bolonia ha terminado instaurando unos grados «degradados» con respecto a las antiguas Licenciaturas, obligando a ultimar la formación universitaria con un máster.

Pasando al cuarto capítulo, nos encontramos con el aporte de la profesora María Soledad GIL NOBAJAS, en donde se analiza la metodología formativa jurídica desde la perspectiva del Derecho penal. En sus conclusiones, encontramos una valoración positiva en términos globales de los resultados de enseñanza-aprendizaje en las asignaturas de Derecho penal, atribuibles a la implementación del Plan Bolonia.

El quinto capítulo, de la profesora M. Concepción MOLINA BLÁZQUEZ, trata sobre la figura de la clínica jurídica. La profesora MOLINA BLÁZQUEZ esboza la historia de las clínicas jurídicas, desde su origen en Estados Unidos de América hasta su llegada al continente europeo; así como los principales modelos existentes y cómo estos pueden desarrollar las competencias del grado en Derecho. El capítulo concluye con un recuento de los resultados producidos por la clínica jurídica de ICADE, cuya directora es la propia MOLINA BLÁZQUEZ.

Para el sexto capítulo, contamos con la participación de los profesores Carlos LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Belén GARCÍA ÁLVAREZ y Stella SOLERNOU SANZ, del área de Derecho mercantil de la Universidad de Deusto. Estos autores reflexionan sobre el valor y la necesidad de formar a juristas de pensamiento crítico con la ayuda de la figura de la comparación jurídica, especialmente aplicada a sistemas jurídicos.

El séptimo capítulo es otra colaboración conjunta, en este caso de parte de los profesores María Luisa SÁNCHEZ BARRUEGO y José Ramón CANEDO ARRILLAGA. Dichos autores hacen una valoración del uso de las TICs para el aprendizaje asíncrono del Derecho de la Unión Europea. Algunas de las herramientas TICs evaluadas incluye los podcasts y las wikis.

El último capítulo cuenta con la participación conjunta de los profesores Naiara ARRIOLA ECHANIZ y Luis I. GORDILLO PÉREZ, especialistas en De-

recho constitucional. El tema abordado es el Trabajo de Fin de Grado (TFG) en la carrera de Derecho y cómo esta figura contribuye al perfil profesional del abogado del siglo XXI. Apoyándose en la estructura del Grado en Derecho de la Universidad de Deusto, los autores afirman que el TFG es la asignatura que más se identifica con las competencias profesionales que habrá de tener el jurista general, asemejándole particularmente con el trabajo desarrollado día a día por los abogados.

Finalmente, podemos afirmar que esta monografía es una excelente prueba de la calidad, novedad y trascendencia de la investigación desarrollada por un puñado de facultades de derecho españolas que apuestan a la constante renovación, vigencia y relevancia profesional de los títulos que emiten.

Sin duda alguna, es una obra importante a tomar en cuenta actualmente por aquellos profesores de derecho español, e incluso de Latinoamérica (dados sus componentes transversales y comparativos), que buscamos mejorar nuestras titulaciones así como la preparación de nuestros egresados, de cara a los retos profesionales que les esperan en una sociedad cada vez más compleja y competitiva.

NORMAS DE PUBLICACIÓN REVISTA CRITICA 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