

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCII • Mayo-Junio • Núm. 755

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 XCII • Mayo-Junio 2016 • Núm. 755

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 Gáligo
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 Gáligo
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 Gállego
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

Toma de posesión del nuevo Presidente de esta Revista

El pasado día 31 de octubre de 2015, falleció Luis Díez-Picazo y Ponce de León. En algún otro momento he podido decir que «con su muerte desaparece uno de los grandes maestros del Derecho Civil del siglo XX, que ha ejercido su magisterio y desplegado su inagotable saber teórico y práctico hasta el último momento». Entre sus muchos méritos está la Presidencia de esta Revista. Como muy bien ha dicho Javier Gómez Gállico en esta misma Revista, como Consejero-Secretario de la misma, «entre sus numerosos cargos y distinciones siempre tuvo predilección por la presidencia de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, siendo un honor para los registradores de la propiedad y mercantiles de España ostentar tan egregio representante. Durante su mandato puso la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* al frente de las principales revistas, a la par incluso del *Anuario de Derecho Civil*, por el que tanta pasión demostró también».

No debo decir más porque creo que está dicho todo lo que tengo que mostrar al venir a sustituir a Luis Díez-Picazo en la presidencia de esta gran y prestigiosa Revista. Nunca faltó en ella la presencia de su extenso saber, su buen criterio, su buena ponderación de la teoría y la práctica del Derecho, su preocupación por la jurisprudencia, su bien decir dentro y fuera de sus páginas. Ahí queda su buen hacer en compañía del Consejero-Secretario y la Comisión Ejecutiva, en los muchos años que vivió su presidencia. En buena parte él mantuvo a la Revista en lo mejor de su presencia en el ancho mundo del Derecho, sin dejar de ser la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* que puso en marcha D. Jerónimo González en 1925. En realidad nunca faltó en ella —como se sigue diciendo en sus primeras páginas— «el estudio, en general, del Ordenamiento Civil y Mercantil y especialmente el Régimen Hipotecario», pero la presencia de Luis Díez-Picazo no dejó de manifestarse en no pocas páginas en las que brilló la amplia concepción del Derecho que siempre hizo valer en su gigantesca obra.

Trataré, en la medida de mis posibilidades, de mantener la línea que dejó Luis DÍEZ-PICAZO. No es fácil, pero cuento para ello con el buen y gran hacer del Consejero-Secretario, D. Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Comisión Ejecutiva, y la muy estimable y larga lista de consejeros y el Comité editorial. Mi avanzada edad hace difícil la tarea, algo que no he ocultado al poner en duda esta aceptación de la presidencia.

Me falta lo esencial: la manifestación de mi gratitud. Gracias a nuestro Decano, D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, al Consejo de Redacción y a todos los registradores por haberme llamado a tan prestigiosa función. No me falta la experiencia que vengo viviendo en mi condición de Presidente de la *Revista de Derecho Mercantil*, tan bien dirigida por el Prof. Ángel ROJO, y tan próxima a esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Y no me falta tampoco la devoción y el respeto que siempre he sentido hacia el cuerpo de registradores de la propiedad y mercantiles.

Fdo.: Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ,
Marqués de Ibias.

Semblanza de Luis Díez-Picazo

por

AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ*

1. Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN falleció en Madrid el día 31 de octubre de 2015. Con su muerte desaparece uno de los grandes maestros del Derecho Civil del siglo XX, que ha ejercido su magisterio y desplegado su inagotable saber teórico y práctico hasta el último momento. Son pocos los cultivadores de una disciplina llamados a alcanzar, además del reconocimiento general entre sus coetáneos, el prestigio a través de las generaciones: Luis DÍEZ-PICAZO fue uno de ellos. Su sabiduría y sus enseñanzas han traspasado nuestras fronteras y, desde mucho antes de su fallecimiento, constituía una figura reconocida universalmente, que había pasado a engrosar el cuadro de los más insignes juristas españoles. Sus varios doctorados *honoris causa*, dentro y fuera de España, lo atestiguan: recibió esta distinción de las Universidades Carlos III, Valencia, Málaga, Santiago de Compostela, Valparaíso (Chile), Buenos Aires y Tucumán (Argentina). También fue Profesor Honorario de las Universidades de Lima, Nacional Mayor de San Marcos y San Agustín de Arequipa (Perú), así como miembro de la *Academia Europaea*, fundador y miembro del *European Law Institute*, Académico de Número de la Academia del Derecho de Perú y Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina).

A lo largo de toda su vida desplegó una gran capacidad para combinar la enseñanza y la investigación del Derecho con el ejercicio práctico del mismo como abogado, como árbitro y como juez constitucional. Participó en los foros

* Socio del Despacho de Abogados URÍA-MENÉNDEZ. Esta semblanza fue publicada por primera vez en la Revista *Actualidad Jurídica* del referido Despacho (núm. 42, pp. 17 y sigs.). Se reproduce ahora en esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* como recuerdo de quien, desde el año 1979, presidió con especial acierto y brillantez su publicación. La semblanza ha sido escrita contando con la colaboración del Profesor Rafael Sánchez Arísti, a quien agradezco su inestimable ayuda.

donde la política legislativa se transforma en normas y contribuyó con acierto a hacer que el Derecho Civil español transitara desde la etapa preconstitucional hasta la constitucional, siendo parte activa en las numerosas reformas acometidas para hacer efectiva esa *transición jurídica*, que acompañó a la transición política iniciada en España en la segunda mitad de los años setenta del pasado siglo.

Su sólida formación, su conocimiento directo de las aportaciones de los grandes juristas europeos de todas las épocas, desde los jurisconsultos romanos a los pandectistas alemanes, y su talento para el razonamiento jurídico, le vinculan a la más elevada tradición jurídica continental, a cuyo acervo muy pocos elegidos —DÍEZ-PICAZO se sitúa entre ellos— están llamados a contribuir.

2. Luis DÍEZ-PICAZO fue discípulo de Federico DE CASTRO. Se había formado en la Universidad de Madrid, donde se licenció en 1953 y se doctoró después, con Premio Extraordinario, en 1956. Desde muy joven se advirtió que, junto a su vocación científica, no quería descuidar su faceta de jurista práctico: en 1956 ingresó por oposición en la judicatura, ejerciendo por espacio de unos meses como juez de Primera Instancia e Instrucción, si bien pronto variaría su posición y, a su condición de investigador, que ampliaría estudios en Italia y en Alemania, uniría la del libre ejercicio de la abogacía.

Tras haber sido Ayudante en la Cátedra de Federico DE CASTRO, en 1963 obtuvo por oposición la Cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Santiago de Compostela, aunque en breve tiempo se incorporaría a la Universidad de Valencia (1964-1972) y, más tarde (1972), a la Universidad Autónoma de Madrid, en la que realizó la parte fundamental de su obra científica, formó una escuela de prestigiosos discípulos y siguió compaginando su labor docente e investigadora con el ejercicio de la abogacía hasta su jubilación en 2001, e incluso más allá mientras siguió ejerciendo como Profesor Emérito. Esta labor solo se vio interrumpida por el tiempo en que ejerció como Magistrado del Tribunal Constitucional, siendo uno de los integrantes del primer mandato de este órgano (1980-89). De su paso por el Tribunal Constitucional queda un cuerpo de relevantes sentencias en las que DÍEZ-PICAZO fue ponente. Cabe recordar, entre ellas, la sentencia 11/1981, sobre el contenido esencial del derecho de huelga, la 12/1982, sobre el servicio público de radiodifusión televisiva y la libertad de expresión, la 22/1984, sobre la inviolabilidad del domicilio, la 78/1984, sobre igualdad ante la ley en la aplicación judicial del Derecho, o la 109/1986, sobre el derecho a la presunción de inocencia.

3. No olvidó nunca la enseñanza; es más, solía presentarse como un modesto profesor de provincias, y en el desempeño de ese oficio prestó siempre atención a las necesidades de sus alumnos. Prueba de ello es que dio a la imprenta diversas obras procedentes de sus lecciones de cátedra. En 1970 vio la luz la primera edición de los célebres *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, obra procedente de unas anteriores *Lecciones de Derecho Civil* que solo se habían publicado multicopiadas. Los *Fundamentos*, como se le conoce

habitualmente, han sido reeditados sucesivamente hasta 2012 en la editorial Civitas, de cuyo Consejo Editorial formó parte durante varios años. Como él mismo escribiera en el prólogo de esa obra, aspiraba a que esta respondiese a una concepción helénica del libro, en el sentido en que TOYNBEE se refirió a ella, contraponiéndola con una concepción hebraica o rabínica: frente al libro como verdad revelada, de tal modo que todo lo que está en él, y solo lo que está en él, es dogmáticamente cierto, la concepción helénica prefiere ver al libro como instrumento auxiliar del discurso, a modo de guión creador de palabras o ideas con las que el lector alcance a conquistar un resultado intelectual superior; esta concepción puede extrapolarse, en mayor o menor medida, a toda la producción científica de DÍEZ-PICAZO.

Es igualmente notable su conocido manual *Sistema de Derecho Civil*, preparado en colaboración con Antonio GULLÓN, con el que se han formado numerosas promociones de licenciados desde que viera la luz por vez primera en el año 1975. El profesor DÍEZ-PICAZO adaptó posteriormente el manual a las exigencias de los planes de estudio de las enseñanzas de grado, alumbrando así sus *Instituciones de Derecho Civil*, probablemente más conocidas por las nuevas generaciones.

Fiel a su concepción problemática y funcional del Derecho, a cuyo servicio ponía la dogmática en un ejercicio lúcido de reconstrucción de las categorías conceptuales, DÍEZ-PICAZO elaboró varias obras en las que predominaba el punto de vista tópico y casuístico, muy pegado al examen de la jurisprudencia. En este sentido sobresalen los *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, editados inicialmente en 1966. Publicó también dos trabajos de gran interés para el práctico del Derecho: *Dictámenes jurídicos* (1981) y *Memoria de pleitos* (2005). En fin, su visión tópica y sociológica del Derecho se completa con dos obras de lectura siempre recomendable: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, y *Derecho y masificación social*.

4. Tras el profesor preocupado por la didáctica de la asignatura y el operador ocupado en el estudio de los casos y la solución de los problemas, latía el espíritu de uno de los científicos jurídicos más agudos y rigurosos que se han conocido en el Derecho privado del último medio siglo. Sus monografías son muestras bien luminosas que alumbran el camino de todo investigador de esta rama del ordenamiento, al abordar algunos de los temas más troncales o transversales de la disciplina: *La representación en el Derecho privado*, *La prescripción extintiva*, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, *La doctrina de los actos propios*, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, *Familia y Derecho*, *Derecho de daños*, *Los incumplimientos resolutorios*, *El escándalo del daño moral*, *La compraventa internacional de mercaderías o Los principios del Derecho europeo de contratos* (los dos últimos en coautoría).

Otro tanto cabe decir de sus artículos doctrinales, convertidos hoy en auténticos referentes, de obligada consulta para todo iusprivatista. Por ceñirme

solo a los aparecidos en las páginas del *Anuario de Derecho Civil*, la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* y la *Revista de Derecho Mercantil*, y sin ánimo exhaustivo, no quisiera dejar de evocar títulos como «la sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil», «Los llamados contratos forzosos», «Eficacia e ineficacia del negocio jurídico», «El concepto de causa en el negocio jurídico», «El contenido de la relación obligatoria», «Autonomía privada y derechos reales», «Los bienes inmuebles en el Código Civil español», «La producción de los bienes y rendimiento económico», «La responsabilidad civil hoy», «La doctrina de las fuentes del Derecho», «Codificación, descodificación y recodificación» o «La formación del contrato». Por otro lado, sus aportaciones en comentarios legislativos, libros homenaje y otras obras colectivas son innumerables. Anotaré simplemente la que quizás haya sido su última publicación: «Altibajos de la autonomía de la voluntad», incluida dentro del volumen *Glosas sobre Federico de Castro* (Civitas, 2015), que él mismo dirigiera.

5. Su abundante producción doctrinal está realizada con una magnífica prosa, como corresponde a alguien que además de jurista fue un auténtico humanista, poseedor de una gran cultura y una especial sensibilidad hacia el lenguaje. Si a ello unimos su constante preocupación por el método y el razonamiento jurídico, descubrimos que las enseñanzas de DÍEZ-PICAZO no se ciñen solo al fondo o materia de sus trabajos, sino que se extienden al modo o forma de exponerlos.

Fue también un convencido divulgador del trabajo de sus compañeros, a la vez que formó a nuevos científicos del Derecho. No es posible, en efecto, valorar la importancia de su contribución al desarrollo del Derecho Civil español sin conocer su prólogo a la obra *El principio general de la buena fe*, de Franz WIEACKER (1982), su traducción de *La lógica jurídica y la nueva retórica*, de Chaim PERELMAN (Civitas, 1979), la traducción de *Tópica y jurisprudencia*, de Theodor VIEHWEG, publicada en Taurus allá por el año 1964 con prólogo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA —al que hace no mucho rendíamos homenaje desde las páginas de esta Revista—, o el prólogo y traducción de la obra de Stefano RODOTÁ *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada* (1986).

Asimismo, la obra de DÍEZ-PICAZO hay que buscarla en su escuela, compuesta por una nómina de brillantes investigadores, convertidos después en eminentes profesores de diversas universidades. Permítaseme que mencione solo a algunos de sus discípulos directos más antiguos, con los que yo mismo compartí espacio en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid: Miquel, Cabanillas, Caffarena, Pantaleón. Son solo una representación de tantos otros que de forma directa o indirecta se encuentran influidos por el magisterio de DÍEZ-PICAZO.

6. Como no podía ser de otro modo, Luis DÍEZ-PICAZO disfrutó de un reconocimiento a la altura de sus méritos. Ya he mencionado sus doctorados

honoris causa, sus nombramientos como profesor honorario y sus membresías académicas en el extranjero. En España presidió la Sección Primera de la Comisión General de Codificación desde 1978, en cuyo concepto fue además Consejero de Estado. Fue Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, institución en la que ingresó en 1987 y de la que fue Presidente entre 2012 y 2015. Estaba en posesión de la Medalla de la Orden del Mérito Constitucional (2000), pertenecía al Colegio Libre de Eméritos (2001) y ha recibido a título póstumo la Gran Cruz de la Orden Civil de Alfonso X el Sabio. Descanse en paz.

SÉPTIMO PREMIO
«REVISTA CRÍTICA DE DERECHO
INMOBILIARIO»

Se ha fallado el Séptimo Premio de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario al mejor trabajo publicado en ella por autores jóvenes durante los años 2014/2015, concediéndose *ex aequo* a D. Héctor Daniel MARÍN NARROS, por su trabajo «El control de transparencia de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable establecido en las SSTS de 9 de mayo de 2013, de 8 de septiembre de 2014, de 25 de marzo de 2015 y de 29 de abril de 2015», publicado en el número 752, correspondiente a noviembre-diciembre de 2015 y a D. Víctor J. PRADO GASCÓ por su trabajo «El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro», publicado en el número 746, correspondiente a noviembre-diciembre de 2014. El Jurado estuvo compuesto por los Vocales: Don Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Don Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA y Don Juan María DÍAZ FRAILE, integrantes del Comité Ejecutivo de la Revista Crítica; así como por Don Francisco Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Consejero-Secretario de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, que actuó a su vez como secretario del Jurado. El premio Revista Crítica de Derecho Inmobiliario fue instituido en 2004 al mejor trabajo publicado en ella, en cualquiera de sus Secciones, por autores de edad inferior a cuarenta años.

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

- ALONSO NÚÑEZ, Manuel José: «La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizado con fianza (2ª parte)» / *Communication and recognition of loans in a case of bankruptcy: special reference to the guarantees and surety bonds credits (Part 2)* 1181
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios» / *Sale of the joint-property by one of the co-owners: validity and potential effectiveness in rem* 1229
- GADEA SOLER, Enrique: «Configuración general de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas: referencia a los aspectos del órgano de administración que necesitan una urgente reforma» / *Shaping the organisational structure of cooperative societies: reference to the aspects of the organ of the administration that require urgent reform*..... 1283
- PAÑOS PÉREZ, Alba: «La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo» / *The controversial exception to retroactivity effects of floor clause nullity* 1315

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: «La cosa juzgada en la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria» / *Res judicata in Law 15/2105, of Voluntary Jurisdiction*..... 1337

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Inmaculada: «Opacidades» y «transparencias» en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as) / «Opacities» and «transparency» in the control of transparency (and ineffectiveness) hiring in the series between entrepreneurs (smes and freelancers)..... 1357

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- YÁÑEZ VIVERO, Fátima: «Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de distintos ordenamientos» / *Family house and insolvency in different legislative scenarios*..... 1441

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..... 1483

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral» / *Food the child and the appearance paternity. Its claim for the parent and moral damage*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 1553

1.2. Derecho de familia:

- «¿Cuándo comienza a regir la comunidad universal matrimonial del Fuero del Baylío? La difícil interpretación, e integración, de una norma —aún— consuetudinaria (comentario a la RDGRN de 6 de mayo de 2015)» / *When double begins to govern the Baylio's universal community? Difficult interpretation, and integration, of a customary law (analysis of the RDGRN of May 6,*

	Págs.
2015), por Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MAN- SILLA.....	1569
1.3. Derechos reales:	
— «El control registral de transparencia y el préstamo responsable» / <i>Registration control of transparency</i> , por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	1591
1.4. Sucesiones:	
— «El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español» / <i>The change of bias in the jurisprudence on the cau- ses of disinheritance under Spanish law</i> , por Lourdes GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR	1609
1.5. Obligaciones y Contratos:	
— «Análisis jurisprudencial de la compraventa de vivien- das en construcción» / <i>Jurisprudential analysis of the sale of homes under construction</i> , por Rosana PÉREZ GURREA	1630
1.6. Responsabilidad civil:	
— «La responsabilidad por daños en festejos taurinos populares: una revisión crítica histórica y jurisper- dencial contemporánea» / <i>Liability for damage during bullfighting popular events: a contemporary histo- rical an case-law review</i> , por Beatriz BADORREY MARTÍN.....	1650
1.7. Concursal:	
— «Las cláusulas abusivas de intereses moratorios y ven- cimiento anticipado en la reciente jurisprudencia co- munitaria y nacional. La integración pro consumatore de la cláusula de vencimiento anticipado» / <i>Unfair terms governing default interest and accelerated ter- mination in recent European and national caselaw. The modification of accelerated-termination clauses in favour of the consumer</i> , por Teresa Asunción JI- MÉNEZ PARÍS	1677

2. MERCANTIL:

- «Prestaciones accesorias, escisión parcial y restricciones a la libre transmisibilidad» / *Ancillary obligations, partial spin-offs and restrictions on free transfer*, por Francisco REDONDO TRIGO 1706

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

- «La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación» / *The Directorate General's Doctrine on the Reversion of Land Expropriated from Landowners Who Do Not Belong to a Property Owners' Joint Development Board*, por Vicente LASO BAEZA..... 1727

4. DERECHO BANCARIO:

- «Estudio sobre la problemática de la cláusula de cancelación anticipada de los swaps conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal contenida en las sentencias de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015» / *Analysis of the legal issue on the anticipatory cancellation clause based on the judgments of the Spanish Supreme Court dated on November 15th 2012, February 17th 2014 and December 3rd 2015*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS ... 1740

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

- Información de actividades 1763

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

- «El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho europeo, de ESTHER MUÑIZ ESPAÑA, por J. A. COBACHO GÓMEZ 1777
- «Acceso a la vivienda y contratación», de MARÍA ÁNGELES PARRA LUCÁN (Directora), por Sara ZUBERO QUINTANILLA..... 1778

ESTUDIOS

La comunicación y el reconocimiento
de los créditos en el concurso: especial
referencia a los créditos garantizado
con fianza (2.^a parte)

*Communication and recognition of
loans in a case of bankruptcy: special
reference to the guarantees and surety
bonds credits (Part 2)*

por

MANUEL JOSÉ ALONSO NÚÑEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

RESUMEN: El concurso ha afectado al contrato de fianza estableciendo una regulación especial que modifica el derecho común de fianza contenido en el Código Civil. La posición del fiador en la comunicación y en el reconocimiento se ve mermada en cuanto que la Ley concursal establece la preeminencia del acreedor principal a la hora del reconocimiento de sus créditos y de su cobro. En este artículo se lleva a cabo un análisis del derecho positivo contenido en la ley concursal en cuanto a los derechos del acreedor principal y a los derechos y acciones que corresponde al fiador en el concurso, tanto cuando ha realizado totalmente el pago al acreedor principal como cuando ha realizado un pago parcial, ya sea este preconcursal como postconcursal.

ABSTRACT: The competition has affected the bond contract establishing a special regulation amending the common law of bail contained in the Civil Code. The position of guarantor in communication and recognition is crippled in that the insolvency law establishes the preeminence of the main creditor at the time of recognition of their claims and collected. This article carries out an analysis of positive law contained in the bankruptcy law regarding the rights of the main creditor and the rights and activities to which the guarantor in the competition, both when it has fully made the payment to principal creditor when He has made a partial payment, be it preconcursal as postconcursal.

PALABRAS CLAVE: Concurso. Fianza. Acreedor principal.

KEY WORD: Bankruptcy. Bonds credits. Main creditor.

SUMARIO: I. EL RECONOCIMIENTO: 1. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL HISTÓRICO Y EN LA ACTUAL LEY CONCURSAL. 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO ÍNTEGRO DEL CRÉDITO. 3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA DE FIANZA: A) *Configuración legislativa del reconocimiento de los créditos con garantía de fianza.* B) *El reconocimiento del crédito de regreso del fiador.* C) *El reconocimiento del crédito del fiador como crédito contingente.* D) *Posición jurídica del fiador en la fase de reconocimiento.* E) *El reconocimiento del crédito anterior al pago.* F) *Reconocimiento y pago parcial del crédito garantizado: concurrencia y preferencia del crédito principal:* a) Pago parcial preconcursal. b) Pago parcial postconcursal.—II. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON FIANZA EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES: 1. LA FINALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS AFIANZADOS EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES. 2. SOLUCIONES DE COORDINACIÓN EN LOS DISTINTOS CONCURSOS. 3. CUANTÍA POR LA QUE HABRÁ QUE COMUNICARSE EL CRÉDITO DE CADA UNO DE LOS CONCURSOS. 4. CONSECUENCIAS DEL PAGO POSTCONCURSAL.—III. NORMAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DEL FIADOR.—IV LOS EFECTOS EXTRACONCURSALES DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

I. EL RECONOCIMIENTO

Si la comunicación, como ya vimos, se configura como el cauce principal a través de cual la administración concursal va a tomar conocimiento de la dimensión del pasivo del deudor concursado para, en base a ello, tomar las decisiones sobre la fijación de la masa pasiva, y se manifiesta generalmente mediante el

acto de comunicar que realizan los acreedores a la administración concursal, el reconocimiento de los créditos que van a configurar definitivamente la masa pasiva supone la verificación, el establecimiento y la aceptación definitiva de los créditos que la Administración concursal considera plenamente probada su existencia, sin hallarse limitada para ello por las manifestaciones provenientes de los acreedores a través de la comunicación de sus créditos. En este sentido, la Ley Concursal le exige a aquella que para el reconocimiento de créditos tome en consideración cualquier noticia que obre en el concurso y de la que pueda derivar la existencia de un crédito (art. 85.1 LC).

1. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL HISTÓRICO Y EN LA ACTUAL LEY CONCURSAL

En el anterior procedimiento de quiebra —como sabemos— existía también una vía para la determinación del pasivo del concurso que la doctrina denominaba «fase de verificación»¹ que se iniciaba con el reconocimiento de créditos y finalizaba con la graduación de los que habían sido reconocidos. Dicha fase estaba regulada en el Título VII del Libro IV del Código de Comercio de 1829, bajo la rúbrica «*Del examen y reconocimiento de créditos contra la quiebra*», en los artículos 1101 y 1102². En el derecho derogado, a diferencia con lo que actualmente sucede, era la Junta de acreedores quien procedía a adoptar las decisiones sobre el reconocimiento para lo cual había de ser reunida a tal efecto y con un doble *quórum*³, quedando a salvo el derecho de los acreedores de la quiebra para formular el correspondiente incidente (art. 1263 LECiv), por lo que la última palabra, en caso de controversia, correspondía al juez de la quiebra. En cambio, en el expediente de suspensión de pagos los Interventores eran los que tenían, por ser un procedimiento concursal, el encargo de confeccionar un Dictamen al que debían acompañar «*el balance definitivo y la lista de acreedores*» (art. 8 LSP). Dicho Dictamen constituía el documento que debía fijar con exactitud el activo y el pasivo del deudor⁴. Para ello, los Interventores tenían que confeccionar la lista de acreedores, llamada doctrinalmente de «verificación administrativa de créditos»⁵. Esta relación de créditos recogida en la lista de verificación administrativa posteriormente se sometía a una revisión contable y, además, se solicitaba a los acreedores que presentaran los comprobantes de sus créditos. Si se pasaba esta valoración quedaba aprobada por los Interventores, si bien también su decisión estaba sometida en última instancia, como en el procedimiento de quiebra, a la posible decisión judicial a través del recurso previsto en el artículo 11 de la Ley.

En la Ley Concursal, el mecanismo para determinar exactamente el activo y el pasivo se realiza a través del Informe del concurso previsto en el artículo 74 de la Ley Concursal. La finalidad esencial de este Informe es determinar —como dice el último párrafo del apartado II de la Exposición de la Ley Concursal—

«el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso». Para dar cumplimiento a lo recogido por la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, esta regula en el Capítulo III de su Título IV denominado «De la determinación de la masa pasiva» los medios para llegar a la confesión de la parte pasiva del Informe del concurso, y para ello, el artículo 75.2.2.º de la Ley impone a la administración concursal la obligación de anexar la más exacta lista de acreedores concursales. Coadyuvando a ello, el artículo 95.1 de la Ley Concursal concreta cuál debe ser la estructura de la lista de acreedores concursales que debe de acompañar al Informe, señalando especialmente que comprenda *una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente*.

En este sentido, para acceder el crédito al concurso para su reconocimiento, la Ley concursal articula varias medidas: 1. El derecho-deber de los acreedores de comunicar sus créditos; 2. La obligación de la Administración concursal de tomar en consideración los libros y documentos del deudor como base esencial e inicial del reconocimiento; y 3. La obligación complementaria de la Administración concursal de tomar en consideración aquellos otros créditos que *por cualquier otra razón constaren en el concurso* (art. 86.1 LC)⁶. En base a ello, la Administración concursal deberá confeccionar el texto provisional de la lista de acreedores, adoptando las decisiones que procedan respecto a reconocimiento de créditos, lista que deberá anexarse al Informe del concurso (art. 762.2.º LC).

No obstante, el reconocimiento plantea algunas cuestiones polémicas. Entre ellas podemos citar: qué consecuencias tienen en el reconocimiento los créditos cuya comunicación no se hubiere producido por los propios titulares o se hubiera comunicado tardíamente; qué efectos producen los reconocimientos forzosos de créditos recogidos en la LC⁷; o cómo se configuran en la LC los supuestos especiales de reconocimiento recogidos en la LC, como son los créditos bajo condición, los litigiosos y los de derecho público⁸. De entre ellas, afectan principalmente a los créditos afianzados su comunicación tardía y su no comunicación, así como la configuración que se dé al crédito de fiador que haya pagado, bien totalmente, bien en forma parcial.

En cuanto al reconocimiento de créditos no comunicados ni puesto de manifiesto por los medios señalados en la Ley, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, la lectura conjunta de los artículos 21.4, 21.1.5.º, 74, 86 y 92.1 de la Ley Concursal llevó a una parte de la jurisprudencia a aceptar una interpretación rígida de dichos artículos, de tal manera que un crédito concursal no comunicado ni puesto de manifiesto por ninguno de los medios previstos en la Ley con anterioridad al plazo para la presentación del Informe del concurso no podía ser reconocido y, por tanto, no pasaba a configurar el pasivo del concurso⁹. Sin embargo, esta posición no era pacífica. Y así, otra jurisprudencia¹⁰ consideraba que el plazo para reconocer créditos finalizaba cuando se hubieran presentados, como término final, después del plazo de la presentación del Infor-

me del concurso o si dejaba precluir el plazo para impugnar la lista de acreedores. Por ello, se consideraba por esta jurisprudencia que los créditos así presentados debían de ser reconocidos, si estuvieran debidamente acreditados, aunque con la calificación de subordinados, cuando siendo créditos no comunicados ni puestos de manifiesto por ningún otro medio, fueran anunciados al Juez del concurso a través de la demanda de impugnación de la lista de acreedores. La cuestión fue zanjada por la Sala Primera del Tribunal Supremo quien, por sentencia de 13 de mayo de 2011, consideró que el incidente concursal de impugnación era una vía hábil para permitir el reconocimiento e inclusión de créditos concursales aun cuando estos no hubieran sido comunicados previamente ni conocidos por la Administración concursal por ningún otro medio.

En este sentido, un crédito no comunicado o tardíamente comunicado, y por lo tanto no reconocido en el concurso no conlleva su extinción en sí mismo. Como señala FRIGOLA RIERA¹¹ «De todos modos hay que señalar que la falta de reconocimiento de un crédito concursal no se le puede atribuir efectos extintivos, ya que en la hipótesis en que el deudor conservara su patrimonio tras la conclusión del concurso (v.g. caso de cumplimiento del convenio) aquellos acreedores concursales que no hubiesen resultado reconocidos como tales, quedan libres de dirigirse contra el patrimonio del concursado para que le satisfaga sus créditos a los términos del convenio aprobado y cumplido en el concurso (art. 134.1 LC)». Es más, desde el punto de vista legislativo la Reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 ha supuesto flexibilizar el anterior sistema, pues la nueva regulación amplía tanto el momento hábil para la comunicación de créditos como el número de supuestos en que los créditos concursales pueden ser valorados por la Administración concursal a efecto de su reconocimiento, con independencia del momento en que hubiesen llegado a su conocimiento¹².

Junto a los anteriores créditos, la Ley Concursal regula en su artículo 87, bajo la rúbrica «*Supuestos especiales de reconocimiento*», distintos supuestos que más que supuestos especiales establecen los efectos que produce su reconocimiento contemplados desde su singularidad¹³. Estos supuestos son: 1: Créditos cuya existencia se halla pendiente de un acontecimiento futuro e incierto (arts. 87 1. y 2. LC); 2. Créditos de Derecho Público no confirmados en el momento de su reconocimiento (art. 87 2. LC); 3. Créditos garantizados con un patrimonio adicional (art. 87.6 LC), supuesto al que dedicamos especial atención en el último de los capítulos.

Especialmente nos interesan para nuestro estudio los supuestos de créditos bajo condición.

Así si los están bajo condición resolutoria, la condición opera de tal modo que su cumplimiento determina la desaparición del crédito como si nunca hubiere existido, si bien la propia naturaleza de la condición resolutoria no impide el desenvolvimiento actual del crédito ya que, en tanto la condición no se cumpla, no hay impedimento para que el crédito interactúe como cualquier otro crédito concursal

no condicionado¹⁴. Mientras que para el desarrollo de nuestro estudio estos créditos tienen menos interés para nosotros, en cambio merece para él mayor atención por nuestra parte los créditos bajo condición suspensiva y *per reletionem* los litigiosos.

Así, los créditos bajo condición suspensiva y los litigiosos reflejan incertidumbre sobre si el crédito llegará a existir, retrasando los efectos de los actos hasta que el acontecimiento en que consiste la condición suceda, como ocurriría en el caso del fiador que todavía no haya cumplido su obligación de fianza total o la halla cumplido parcialmente en los términos que preceptúa el artículo 87.6 LC. En estos casos, la Ley Concursal, previendo que puedan condicionar el pasivo del deudor, opta prudentemente por incorporarlos a la lista de acreedores, si bien someténdolos en virtud de su condicionalidad a que no puedan producir la plenitud de sus efectos. El artículo 87. 3 LC dispone que a dichos créditos se les reconozca en el concurso aunque con eficacia limitada, reduciendo tal eficacia a la mera constancia en la lista de acreedores como créditos contingentes y sin especificación de su cuantía, a expensas del cumplimiento de la condición. Como cualquier obligación sometida a condición suspensiva, los acreedores bajo condición suspensiva o con créditos litigiosos tienen derecho a que se tomen las medidas conservativas necesarias que vayan encaminadas a evitar la vulneración de sus derechos e impedir que estos se puedan perder. Por ello, el artículo 87.4 permite al juez del concurso que, a instancia de parte, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a dotarles de mayor eficacia en el concurso, si estima probable su confirmación, pues la consideración de crédito contingente no impide que pueda ser tenido en cuenta en el concurso. Estas medidas pueden tener el efecto de agilizar el concurso ya que una vez confirmado y, por lo tanto, reconocido plenamente el crédito, su titular posteriormente podría solicitar la nulidad de las actuaciones en las que su adhesión o su voto hubieran sido decisivos¹⁵. Es por ello que, para evitar que posteriormente se puedan ver anulados actos del concurso, sea conveniente que en previsión de estas consecuencias el juez pueda adoptar medidas cautelares con el objeto de evitar la vulneración de derechos del acreedor y evitar aquella invalidez de actos que impediría la agilidad de proceso concursal¹⁶. Una vez que haya desaparecido la contingencia, la Administración concursal incluirá en los textos definitivos pendientes de presentar las modificaciones procedentes, incluso de oficio (art. 87.8 LC). Si la contingencia se produjera con posterioridad a la presentación de los textos definitivos el procedimiento para la modificación será el que se desprende del artículo 97. Bis de la Ley Concursal.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO ÍNTEGRO DEL CRÉDITO

Partimos de dos cuestiones: 1) ¿Es condición previa para el reconocimiento de créditos que se haya realizado la comunicación? Algunos autores¹⁷, al in-

interpretar el artículo 86.2, apuntaron a que no era necesario que se comuniquen los créditos que deben de ser necesariamente reconocidos. Pero, con carácter general, la jurisprudencia de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias Provinciales, en su tarea de interpretación del señalado artículo, vienen rechazando tal posibilidad¹⁸; 2) Es necesario siempre el reconocimiento de créditos? La respuesta a esta segunda pregunta va en el mismo sentido: el reconocimiento de los créditos es uno de los actos esenciales del concurso, pues todo proceso de ejecución, y el concurso lo es de carácter colectivo, debe estar precedido de una fase de verificación de los derechos que fundamentan las pretensiones de los demandantes (acreedores concursales)¹⁹.

¿A quién corresponde declarar el reconocimiento de los créditos? A diferencia de lo que ocurría en la quiebra en que las competencias correspondía a los síndicos, las juntas de acreedores y al juez²⁰, por el contrario, actualmente la Ley Concursal señala que es a la administración concursal a la que le corresponde reconocer y clasificar los créditos, y sin perjuicio lógicamente de las competencias del juez de lo mercantil en caso de existir impugnaciones relativas a la inclusión o a la exclusión de créditos, a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos; y sin perjuicio de las demás competencias que corresponden al juez de lo mercantil (arts. 86.1, 96.3 y 98 LC). Las reglas del concurso imponen por ello la obligación a la administración concursal de relacionar necesariamente en la lista de acreedores todos los créditos, ya sean los créditos incluidos, ya sean excluidos del concurso, si fueron comunicados en tiempo. El acreedor que comunicó su crédito a la administración concursal si está disconforme con la exclusión, la cuantía o la clasificación practicada por la administración concursal podrá impugnar la lista de acreedores, y en su caso el Juez decidirá sobre la procedencia de la reclamación en función de su naturaleza y sin ninguna penalización, de tal manera que admitida la reclamación podrá ser reconocido, incrementada su cuantía y ser calificado como privilegiado, ordinario o subordinado, según los casos.

Una vez que se haya reconocido el crédito ¿qué consecuencias tiene dicho reconocimiento? La Ley establece distintas consecuencias dependiendo si los créditos han sido comunicados en tiempo, tardíamente, o como consecuencia de impugnación de la lista, o comunicados extemporáneamente, consecuencias que pueden afectar en su caso al acreedor principal y al fiador si los hubiere. Así, si el crédito ha sido comunicado en tiempo la consecuencia inmediata es la inclusión o exclusión en la lista de acreedores, estableciéndose su cuantía y calificación y, sin perjuicio del derecho que asiste a los demás acreedores de impugnar su reconocimiento. En cambio, los créditos comunicados tardíamente plantean cuestiones controvertidas en orden a las consecuencias que pueden pesar sobre ellos²¹.

En estos casos de comunicaciones hechas tardíamente, la Ley permite que la administración concursal, o bien los incluya como reconocidos pero con la

calificación de subordinados, o bien que los excluya del concurso. Si los incluye en el concurso con la calificación de subordinados (art. 92.1.º), ello conlleva una serie de consecuencias limitativas: la pérdida del derecho de voto en la Junta de acreedores para aprobar el convenio (art. 122.1.1.º) y el pago del crédito después de que hayan cobrado los créditos ordinarios (art. 158.1).

En este sentido, podríamos preguntarnos si el hecho de que la Ley Concursal imponga estas limitaciones de derecho a quien comunicó tardíamente ¿supone una sanción? Algunos autores²² las califican de sanción, pero otros²³ sostienen que no se trata de una sanción propiamente dicha, sino que más bien es una exigencia derivada de la tramitación del concurso²⁴. Si la administración concursal opta por la exclusión del crédito comunicado tardíamente deberá relacionarlo en la lista de acreedores como tal. En uno y otro supuesto (reconocimiento subordinado o exclusión del concurso), cabe la impugnación, pudiendo dar lugar al rechazo de la impugnación o a la admisión del incidente.

Por otra parte, si se impugna y se obtiene un veredicto favorable ¿qué consecuencias tiene para el concurso si el crédito se comunicó tardíamente o si fueron excluidos por no haber puesto de manifiesto en el plazo para comunicarlos pero reconocidos en el incidente concursal? Tanto uno como otro supuesto viene regulado en el artículo 92.1.º que establece que estos créditos tendrán la calificación de subordinados. Sin embargo, «no quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, 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». Por lo tanto, como regla general y de acuerdo con este artículo 92.1.º, tanto los créditos que habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, como a los que habiendo sido comunicados tardíamente sean excluidos por la administración concursal e incluidos en dicha lista por el juez al resolver sobre la impugnación de esta se consideraran como créditos reconocidos con la calificación de subordinados.

Estas dos posibilidades plantearon, sin embargo, a la doctrina la cuestión si se puede hablar de una distinción entre los dos supuestos o, por el contrario, si existe una equiparación entre ellos. En definitiva, si existe un trato jurídico distinto para los créditos según se encuentre en uno u otro supuesto.

En principio, y dejando a un lado la discusión con respecto a la determinación del plazo para impugnar por otra parte resuelta con carácter general en la reforma recogida por el Real Decreto-ley 3/2009²⁵, los autores a menudo ni tan siquiera apuntan tal distinción y, en ocasiones, tampoco los Tribunales diferencian ambos supuestos, dándoles implícitamente el mismo tratamiento²⁶. Sin embargo, otros autores hacen la distinción de ambos supuestos y sostie-

nen que los créditos no comunicados deben de equipararse a los comunicados tardíamente siempre que se impugne dentro del plazo la lista de acreedores²⁷. Por el contrario, en cuanto a los créditos que sean créditos no comunicados o comunicados después de que haya transcurrido el plazo para impugnar la lista de acreedores, la mayoría de los autores se inclinan por calificarlos como créditos de comunicación extemporánea, si bien respecto a sus consecuencias existen discrepancias de valoración. Así, algunos autores consideran que estos créditos corren el riesgo de extinguirse. Es la tesis sostenida por la sentencia de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de enero de 2007. Sin embargo, la mayoría de los autores sostienen que los créditos subsisten, ya que la exclusión del concurso no es una de las causas legales de extinción de las obligaciones (art. 1156 y concordantes del Código Civil y STS de 23 de julio de 1987). Este es el parecer de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 21 de mayo de 2007 y de la sentencia de 1 de febrero de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona.

En nuestra opinión, si no existe una norma que de forma expresa sancione la falta de comunicación de un crédito con la extinción, tanto a nivel intraconcursal como extraconcursal, esto nos lleva a pensar que el crédito subsiste²⁸, pues la falta de comunicación no se equipara al supuesto de extinción²⁹. Tal falta de comunicación del crédito no puede equipararse al supuesto de su extinción ya que aquella no viene contemplada como causa de extinción en el artículo 1156 del Código Civil y por el contrario el artículo 134 de la Ley Concursal le otorga eficacia al disponer: «El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos». No obstante, algunos autores³⁰ consideran que la norma en modo alguno se refiere de forma expresa a los créditos comunicados extemporáneamente sino solo a los que tan siquiera han sido comunicados. Los créditos a los que se refiere la norma de forma expresa es a los que «por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos».

Entonces la cuestión es saber qué créditos se entienden incluidos en la proposición «*por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos*», pues la amplitud del concepto podría comprender varios supuestos diferentes. Así, se podría entender que en este concepto se comprenderían: 1) Los créditos expresamente rechazados por la administración concursal, sin que sobre ellos hubiera formulado incidente; 2) Los créditos expresamente rechazados por sentencia dictada en incidente impugnando la lista de acreedores; 3) Los créditos que no hayan sido rechazados pero tampoco han sido reconocidos (v.g. los desconocidos). Pues bien, respecto de los primeros, es improbable que puedan tener asiento en el artículo 134.1 dados los contundentes términos en que se manifiesta el artículo 97 de la Ley Concursal al regular las consecuencias de la falta de comunicación y desde luego no parece que el espíritu de la Ley Concursal conceda una nueva

vía para impugnar la lista de acreedores. Tampoco parece que se le pueda aplicar el artículo 134 a los créditos expresamente rechazados por sentencia dictada en incidente al impugnar la lista de acreedores ya que la sentencia provoca todos los efectos de cosa juzgada material por los dispuesto en el artículo 196.4 de la Ley Concursal y se proyecta tanto dentro como fuera del concurso y, en consecuencia, estos créditos no subsisten afectados por el convenio, sino que son expulsados definitivamente del sistema por la sentencia. Por lo tanto, la coherencia del sistema impone que la referencia a «créditos no reconocidos» contenida en el artículo 134.1 deba referirse exclusivamente a los créditos que no habiendo sido reconocidos no hubieran sido rechazados, como acontecen en los casos de créditos derivados de las acciones rescisorias; y esta es la situación en que se encuentran los créditos comunicados extemporáneamente que no han sido reconocidos ni rechazados y los no comunicados.

De ello concluimos que al no haber una norma que sancione la falta de comunicación de un crédito con su extinción, el crédito subsiste, y si subsiste ¿cuál es la eficacia de los créditos no reconocidos? Esta pregunta contiene a su vez dos cuestiones: en qué condiciones pueden reconocerse y en qué circunstancias pueden ejercitarse los créditos que la administración concursal no reconoció.

En cuanto a la primera de las cuestiones cabría la posibilidad de obtener respecto de los créditos no reconocidos el reconocimiento judicial ya que la negativa a dicho reconocimiento por parte de la administración concursal no comporta la eficacia de cosa juzgada y el interesado podría, vía procedimiento declarativo, obtener una sentencia firme favorable que le dé derecho a recibir el mismo tratamiento que el convenio depare a los créditos de igual naturaleza y graduación, con lo que quedaría vinculado por el convenio a pesar de no haber podido adherirse a la propuesta ni votar en la junta de acreedores. Sin embargo, en el II Congreso de Derecho Mercantil, se apuntó que la solución correcta no sería establecer el mismo tratamiento para estos casos y que, aunque la Ley no prevé soluciones en cuanto a la naturaleza y graduación que habría que dársele a estos créditos, de acuerdo con los artículos 92.1.º y 92.6.º LC, los créditos comunicados tardíamente debería tener el trato de subordinados³¹. Hay quien opina que la regulación del convenio tiene soluciones para resolver esta cuestión señalando que, en este sentido, el instrumento idóneo para su resolución de esta cuestión sería acudir, como mecanismo de resolución, por ejemplo, la creación de una Comisión de Acreedores quien estaría encargada de establecer la vinculación de estos créditos no reconocidos con la lista definitiva de acreedores, con el contenido del convenio y, por consiguiente, sería la que establecería su naturaleza y graduación. Todo lo cual sería perfectamente compatible con lo previsto en el artículo 134.1³². Sin embargo, en opinión de GIMENO-BAYÓN y Gimeno VALENTÍN-GAMAZO, esta solución supondría alterar significativamente el pasivo concursal y hacer que a la postre el convenio fracasara, situaría los créditos no comunicados en mejor posición que los

comunicados tardíamente y supondría un privilegio de exención del deber de ser comunicado.

Otro sector doctrinal se inclina por entender que los créditos no reconocidos pero no rechazados «son expulsados fuera del concurso, de tal forma que la preclusión del plazo para interesar el reconocimiento del crédito, sea el que sea, impide que tenga la consideración de crédito concurrente, pero no provoca su extinción y se verá beneficiado por la interrupción de la prescripción»³³. En este sentido, las ejecuciones separadas de créditos no comunicados no tienen efectividad frente al concurso una vez iniciado este, en base al principio de unidad (arts. 50, 55 y 192 LC), provocando la nulidad de las actuaciones como sanción a la infracción de este principio. Las únicas excepciones a este que señala la Ley son las ejecuciones separadas de créditos con garantía real, créditos administrativos y créditos laborales, en los que se hubiera comenzado la ejecución antes del concurso y cuyos embargos afecten a bienes que no resultaren necesarios para la actividad productiva del deudor concursado³⁴.

Sin embargo, ¿sería posible que estos créditos no reconocidos pudieran ser reconducidos al concurso vía artículo 53.1 de la Ley Concursal? Entendemos que es dudoso que estos créditos, los créditos no reconocidos, pudieran ser reconducidos a la tesis de la ejecución concursal, basándose en lo preceptuado en el artículo 53.1, ya que este precepto lo que está diciendo es que si ha recaído sentencia, (v.g. en un Juzgado de lo Social sobre créditos a favor de los trabajadores) en este caso el juez del concurso no podrá desconocerla (pues le vincula) y le dará el tratamiento que le corresponda y se dará cumplimiento a los mecanismos previstos en la Ley Concursal para llegar al cierre del listado, teniendo en cuenta la resolución en el concurso. En definitiva, este artículo 53.1 lo que está ofreciendo a los titulares, que han obtenido antes o después de la declaración del concurso una resolución o está pendiente de ello, es un mecanismo para que, en tiempo oportuno, puedan exigir que sus títulos resulten debidamente reflejados en el concurso. Pero, en modo alguno, faculta a los acreedores que no han insinuado su derecho, cuando debieron hacerlo en tiempo y forma, a que después pueda ser tenido en cuenta en la lista de acreedores³⁵.

Por el contrario, la eficacia del crédito no reconocido pero no rechazado estará supeditada a que haya existencia de sobrante y siempre en los términos del convenio en caso de que este lo haya aprobado. El acreedor se encontrará ante una forma indirecta concursal para ver, de alguna manera, declarado su crédito, ya que en la liquidación no podrá participar y solo verá reconocido su crédito —aunque sea con el mismo rango de subordinado— para el caso de que haya sobrante³⁶.

Visto de esta forma parecería que no habría insalvables obstáculos para que los créditos no comunicados sean reconocidos durante el concurso y en el seno del mismo. El acreedor podría presentar una demanda para que se declare su crédito y el juez del concurso, al afectar al patrimonio del con-

cursado, y dado que la vía del reconocimiento ha concluido, deberá resolver por el cauce del incidente concursal en el que la administración concursal podrá allanarse si lo considera oportuno (arts. 50 y 192 LC)³⁷. Por el contrario, si el escenario se desarrollara una vez finalizado el concurso, en tal caso, el acreedor podría dirigirse contra el deudor que estuvo concursado y su actuación causaría las siguientes consecuencias: 1) El concurso habría provocado la interrupción de la prescripción; 2) El convenio, de existir, podrá ser opuesto por el deudor de acuerdo con lo previsto en el artículo 134.1 de la Ley Concursal; 3) De no existir sobrante, una vez concluido el concurso, el acreedor podrá dirigirse contra el deudor en la medida y en la hipótesis de que este adquiera nuevos bienes (art. 178.2 LC); 4) Tratándose de concursado persona jurídica, sin existir bienes y derechos del deudor, la resolución judicial que declare la finalización del concurso acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme (art. 178.3 LC), por lo que no parece que el acreedor pueda reclamar ya nada de la concursada.

En las situaciones anteriormente estudiadas puede estar el fiador, por ello pasamos a continuación al estudio específico del reconocimiento de los créditos afianzados.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA DE FIANZA

A) *Configuración legislativa del reconocimiento de los créditos afianzados*

Hemos analizado el panorama general del reconocimiento de créditos. Pasamos ahora a analizar el reconocimiento de créditos con garantía personal de fianza que tiene distinto encaje en la legislación concursal dependiendo de si el fiador ha satisfecho completamente el crédito del acreedor antes del concurso del deudor, o si por el contrario, de no haberse producido el pago por parte del aquel antes del concurso se quiere, después de declarado el mismo, obtener dicho reconocimiento. Para ello, se ha de tener en cuenta qué normas concursales sobre reconocimiento y, en su caso, de calificación del crédito, deberán aplicarse, tanto para el crédito del acreedor garantizado como para el del crédito de regreso del fiador-garante.

Así, si el fiador hubiera satisfecho completamente el crédito al acreedor del concurso del deudor, su crédito de regreso ya será exigible de acuerdo con los artículos 1838 y 1839 del Código Civil y, en consecuencia, declarado el concurso podrá reconocerse su derecho como crédito concursal sin, en principio, ninguna particularidad³⁸. Este también parece ser el sentido que recoge la jurisprudencia de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias³⁹.

Por el contrario, cuando no se hubiere producido al momento de la declaración del concurso del deudor garantizado el pago del crédito del acreedor principal, el crédito de este (acreedor principal) se reconocerá en el concurso con la calificación y por la cuantía que le corresponda de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 87.6 de la Ley Concursal que dispone: «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador». La norma esta ubicada en uno de los supuestos especiales de reconocimiento, pero aún así, verdaderamente no recoge ninguna especialidad a efectos de reconocimiento en el concurso del crédito del acreedor beneficiado con la garantía, sino «más bien confirma que la existencia de un deudor (fiador) llamado a reforzar el cumplimiento del crédito fuera del concurso no priva al acreedor (principal) de su plena participación en el procedimiento»⁴⁰.

Sin embargo, ¿qué ocurre con el crédito del fiador antes del pago? ¿En este momento anterior al pago cabría el reconocimiento del crédito de regreso aunque fuera con carácter condicional? ¿Merece algún tipo de tutela el fiador por parte de la legislación concursal en caso de que el acreedor no inste el reconocimiento de su crédito en el concurso? ¿Cuál es el grado de participación del fiador en la fase de reconocimiento? ¿Cómo se articula en la Ley Concursal la convivencia de ambos créditos en el concurso? Trataremos de dar una respuesta a estas cuestiones a continuación.

Visto que con respecto al reconocimiento del crédito del acreedor garantizado no se plantea mayores problemas, en principio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87.6 de la Ley Concursal, respecto al crédito del fiador que aún no pagó a su acreedor, se plantea si dicho crédito de regreso se puede configurar como condicional y si puede o no instar el fiador el reconocimiento de su crédito.

En este sentido, algunos autores⁴¹ opinan que el fiador ostenta, aún antes del pago, un derecho propio de reconocimiento de su crédito de regreso condicional con la finalidad de tutelar al fiador para el caso de que el acreedor principal no inste el concurso, reconociéndole su crédito como contingente, pues aunque la LC no recoge ninguna indicación expresa al respecto, la posibilidad de dicho reconocimiento como tal crédito contingente tiene su base en el artículo 87.3 de la Ley Concursal que dispone: «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». Esta opinión también parece ser la de un sector de la jurisprudencia menor⁴². Por el contrario, otros autores⁴³ no consideran admisible la participación del fiador en el concurso si, previamente, no figura reconocido el crédito garantizado a través de la sustitución del acreedor por efecto del pago⁴⁴.

Entendemos que la posible convivencia de dos créditos en el concurso, (el crédito del acreedor y el crédito del garante) no debe hacernos olvidar que, respecto al concurso, la obligación del deudor principal se articula como una única obligación del concursado y, en consecuencia, no puede haber un reconocimiento pleno y concurrente del crédito de regreso. La razón de ello reside en que la LC persigue, por una parte proteger la *pars conditio creditorum* y por otra la preferencia de cobro del crédito de acreedor principal en el concurso. Es por ello que el reconocimiento del crédito del fiador en el concurso conlleva una serie de precauciones contenidas en la LC con objeto de proteger aquellos intereses. Precauciones que tratan de resolver entre otros, y fundamentalmente, los problemas que se pueden generar sobre su calificación, ya que los intereses del acreedor principal y el fiador no tienen por qué ser coincidentes.

Junto a la norma de calificación que preconiza el artículo 87.6 dos son las reglas a efectos de reconocimiento de los créditos afianzados:

1. La comunicación se hará por su importe y sin limitación alguna. Lógico, no cabe negar al acreedor la posibilidad de comunicar y obtener el reconocimiento de su crédito en el concurso por el solo hecho de la existencia de una fianza a su favor, que, en ningún caso le impide dirigirse contra el deudor principal en reclamación de su crédito.

2. El pago realizado por el fiador, una vez abierto el concurso, da lugar a la subrogación en la titularidad del crédito. Nuevamente obvio, pues si reconocido en el concurso el crédito debido por el concursado al acreedor, este le requiere de pago y satisface el mismo se producirá la subrogación, como señala el artículo 1839 del Código Civil, en todos los derechos que aquel tenía contra el deudor.

Ambas precisiones, tal y como ya señalaba el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, de 22 de marzo de 2005, son realmente innecesarias: «1) “Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna...”. Nada nuevo aporta la norma, el hecho de que el acreedor goce de la fianza de un tercero no limita el reconocimiento del crédito garantizado en el concurso del deudor y de no incluir el precepto este inciso, la misma conclusión se alcanzaría, 2) “... y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador”. Aunque algún sector doctrinal entiende que el pago atribuye al fiador una única acción, la jurisprudencia⁴⁵ confiere al fiador dos acciones distintas: la acción de reembolso, regulada en el artículo 1838, y la de subrogación, prevista en el artículo 1839. La primera surge de forma originaria, y el derecho de crédito del fiador, que ejerce la acción de reembolso, nace en el momento que efectúa el pago, en tanto que la segunda tiene carácter derivativo. Mientras el reembolso da derecho a reclamar la totalidad de lo pagado y demás conceptos previstos en el artículo 1838, la subrogación implica colocarse en la posición del primi-

tivo acreedor asumiendo su posición jurídica, de manera que, investido de las consecuencias que derivan de tal posición, actúa contra el deudor principal».

Cierto, el hecho de reconocerse el crédito en su integridad no es más que una confirmación del hecho de que la fianza no incide en la obligación principal, en el hecho de la obligación de pago del deudor, sino que solo refuerza frente al acreedor sus posibilidades de cobro, dejando, hasta cierto punto, inmune al acreedor principal de la situación de insolvencia del deudor, pues llegado el momento será el fiador quien deberá cumplir la obligación, de ahí su más que presumible falta de entusiasmo en el procedimiento concursal. Él ya tiene al garante.

Por ello, la situación del fiador frente al reconocimiento plantea en cuanto a la regulación sustanciada en el artículo 87.6 de la Ley Concursal cuatro cuestiones:

1. El artículo 87 de la Ley Concursal utiliza en dos de sus números expresiones diferentes para contemplar supuestos de créditos con garantías personales: mientras que en el número 6 se refiere solo a la fianza, en el número 7 menciona expresamente al avalista, al fiador y al deudor solidario. Debe plantearse, por tanto, si el mandato del número 6 es más restrictivo en su aplicación que el número 7 o si, por el contrario, la diferencia entre ambos preceptos no es relevante a la hora de acoger diferentes formas de garantías personales.

Consideramos que debe admitirse en el seno de la expresión «fianza» en general cualquier supuesto en el que el deudor concursado vea reforzada su posición y la del acreedor con la existencia de un patrimonio adicional de refuerzo que garantice el cobro del crédito⁴⁶.

2. Al margen de la forma en que se haya podido producir la comunicación del crédito principal y su inclusión en la lista de acreedores, por el propio acreedor o por derivación de la documentación manejada por la administración concursal, debe hacerse constar en la correspondiente lista, entre sus características, la de estar garantizado con fianza (art. 94. 2 LC)⁴⁷, independientemente de que el garante haya comunicado su crédito de reembolso de carácter contingente (art. 87. 3 LC), posibilidad sobre la que volveremos más adelante.

3. Es preciso partir de la distinción entre el crédito del «acreedor principal», que tendrá la consideración de crédito actual, y el crédito del que podríamos denominar «acreedor de regreso» que, si no ha satisfecho todavía el crédito que garantiza, ni total ni parcialmente, tendrá la consideración de contingente⁴⁸.

En el momento en el que se abre el concurso, el acreedor es titular de un crédito actual contra el deudor insolvente que le legitima para solicitar el reconocimiento del mismo y para apropiarse del valor que allí se distribuya. El fiador-garante, por el contrario, tan solo dispone de un crédito condicional, cuyo reconocimiento efectivo dependerá de la no participación en el concurso del crédito actual.

El crédito principal y el crédito del fiador se excluyen mutuamente en el pasivo del deudor, se mueven en planos distintos, actual (el crédito del acreedor principal) y potencial (el del garante); de ahí que, para no duplicar en el pasivo la carga del crédito principal, se reconozca al crédito del garante como meramente «contingente», tal y como señala el artículo 87.3 de la Ley Concursal⁴⁹.

En este marco, cuando en el artículo 87.6 LC se establece que «los créditos en los que el deudor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna», se está admitiendo el mejor derecho del acreedor principal frente al acreedor de regreso para obtener el reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor, lo que es coherente con el carácter actual de su crédito⁵⁰.

Por otro lado, nada impide que el crédito de reembolso del garante sea reconocido en el concurso, pero, eso sí, como crédito condicional y, consiguientemente, como «contingente», sin determinación de cuantía propia y privado, su titular, de los derechos concursales de adhesión, voto y, por supuesto, de cobro.

La existencia de la garantía no interfiere, en ningún caso, en el pleno reconocimiento del crédito garantizado, pues lo único que hace aquella es ofrecer una vía alternativa y externa al concurso para la satisfacción del interés del acreedor ante el incumplimiento del deudor.

4. El precepto no solo señala que se reconocerá el crédito íntegro de su titular, sino que se hará también, en los casos en los que proceda, la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador; debemos de entender con posterioridad a la finalización del periodo de comunicación de los créditos⁵¹.

En tal caso, el fiador que paga debe beneficiarse de la comunicación efectuada por el acreedor principal posteriormente satisfecho en su interés crediticio, pero, como se ha señalado por la mejor doctrina⁵², en la cuantía del crédito ya comunicada por aquel, por lo tanto, sin el resto de las partidas incluidas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 1838 del Código Civil (intereses, gastos y daños), de carácter postconcursal que podrán ser satisfechas frente al deudor principal una vez concluido el concurso.

La comunicación y reconocimiento íntegro del crédito por parte del acreedor principal solo puede peligrar en aquellos supuestos en los que se ha efectuado un pago parcial⁵³, pues en tal caso el crédito del fiador deja de ser meramente contingente y se convierte en actual, por la parte pagada, concurriendo junto al crédito principal por el resto impagado. Incluso, en estos supuestos en que el acreedor garantizado no ha cobrado del fiador, el crédito de este, crédito bajo condición suspensiva, podría darse el caso que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 87.4 LC, el juez del concurso, a instancia de parte pudiera adoptar las medidas cautelares pertinentes tendentes a dotar al crédito del fiador de mayor eficacia en el concurso si estimare probable su confirmación. Entre estas medidas cautelares podría decretarse aquellas que fueran encaminadas a evitar posibles actuaciones del acreedor garantizado que pudieran poner en peligro los

derechos futuros del fiador en el concurso, como sería el caso de que se dieran actuaciones concursales del acreedor garantizado que pudieran posteriormente poner en peligro los derechos del fiador, y en tal caso el concurso pudiera verse inmerso en supuestos de nulidad por haberse realizados por parte del acreedor principal actos lesivos a los derechos del fiador, o en los que su adhesión y voto hubiesen sido decisivos para este.

B) El reconocimiento del crédito de regreso del fiador

Hemos puesto de manifiesto que el acreedor que disfruta de una garantía personal, dispone de dos vías para la satisfacción de su crédito ante el evento del concurso de su deudor: una concursal contra el deudor principal declarado insolvente, y otra, ajena a ese procedimiento, contra su garante en virtud de la garantía prestada. A tal efecto puede proceder inmediatamente a la comunicación de su crédito en el concurso del deudor insolvente, por «el íntegro» (art. 87.6 LC) y, con independencia de lo anterior, reclamar extraconcursalmente, llegado el vencimiento de la obligación, el cumplimiento de la garantía frente al fiador (art. 1822 del Código Civil).

Si el fiador paga, el artículo 87.6, párrafo primero *in fine* le atribuye a aquel la facultad de «sustituir al titular del crédito», es decir, la clásica «subrogación» prevista con criterios generales en los artículos 1158 y 1210.3.º del Código Civil y, expresamente para el fiador, en el artículo 1839 del mismo texto legal⁵⁴. Efectuado el pago por el fiador, este se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (art. 1839 del Código Civil, en los mismos términos que la regla general contenida en el art. 1210.3.º del mismo texto legal, frente a la cual no es sino una especificación, que no añade ninguna especialidad, y con el alcance previsto en el art. 1212 del Código Civil). Cuando el fiador paga, cumple una obligación propia y aunque satisface al acreedor del crédito principal no se cumple con la obligación principal (del deudor) que, por ello, subsiste. Se produce, por tanto, una novación subjetiva en la relación obligatoria principal, que proyecta ahora sus efectos sobre el fiador que pagó; la subrogación se produce por ministerio de la ley, aunque el fiador es libre de utilizarla o no.

Por el contrario, nada se dice, en sede concursal, de la otra puerta que se le abre al fiador en caso de haber procedido al pago de su obligación *fideiusoria*: el derecho de reembolso o regreso que, en los términos del artículo 1838 del Código Civil, se le concede al garante frente al deudor principal.

¿Qué derechos y acciones asisten al fiador en el concurso? ¿Qué posición ocupa el fiador en el concurso? ¿Se mantienen vigentes en el concurso los derechos y acciones que el Código Civil concede al fiador en una situación extraconcursal?

C) *El reconocimiento del crédito del fiador como crédito contingente*

La Ley Concursal ha introducido en su artículo 87.3 (igualmente en el art. 87.5 LC) un nuevo concepto que bien puede habilitar el camino para reconocer el crédito del fiador en el concurso: el llamado «crédito contingente».

Podemos plantearnos respecto de ellos varias cuestiones.

La primera de ellas es: ¿qué son «créditos contingentes»? Nada nos dice la Ley Concursal, pero el hecho de que aparezcan unidos a las categorías representadas por los créditos sometidos a condición suspensiva y a los créditos litigiosos nos puede poner sobre la pista. En efecto, el artículo 87.3 de la Ley Concursal se está refiriendo a créditos cuya eficacia concursal está puesta en duda o es meramente eventual, pues dependen de un evento futuro, el cumplimiento de la condición o la clarificación de la titularidad del crédito. Mientras tanto, no debe haber objeción a su constancia en el concurso pues traen causa de una relación jurídica preexistente (la fianza) a la declaración concursal, 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. La identidad de razón con el supuesto del crédito de regreso del fiador es más que evidente. Este será eficaz, nacerá y se materializará ante el pago efectuado por el garante, una vez abierto el concurso, aunque se le excluiría del concurso, como crédito contra la masa⁵⁵; no cabe duda que la relación jurídica subyacente de la que trae causa, la fianza, es previa a su apertura, pues esta existe desde que se perfeccionó y no solo tras el pago que eventualmente tuviera que hacer el fiador, como claramente demuestra la existencia de las denominadas acciones de cobertura descritas en el artículo 1843 del Código Civil⁵⁶.

En segundo lugar: ¿Es que el concepto de crédito contingente coincide plenamente con el concepto de crédito condicional? La respuesta debe ser negativa pues, este concepto de crédito contingente, es más amplio que el de un simple crédito condicional, el que permite ubicar en su seno a todo crédito eventual con causa anterior a la declaración de concurso.

En tercer lugar: Si consideramos que el fiador tiene un crédito contingente ¿podría el fiador comunicar su crédito y en qué concepto? Dando un respuesta afirmativa a nuestra pregunta, admite expresamente esta vía de comunicación del crédito del fiador la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid 22 de marzo de 2005 (AC 2005, 741) al señalar que, «...*el crédito de reembolso que podría haber sido insinuado por el fiador como contingente, antes del pago (art. 87.3)*». Pero, la perspectiva de la cuestión se pierde sino distinguimos dos problemas que son enteramente diversos: la posibilidad de un doble pago y la mera comunicación del crédito del fiador.

Respecto al primero de los problemas, es evidente que no se va a proceder a un doble pago en el concurso por el hecho de que fiador haya comunicado su crédito pendiente el pago (total o parcial). La administración concursal debe velar

para que tal circunstancia no acontezca. Mientras el crédito permanezca en su calificación de contingente ningún dividendo concursal debe recibir. El crédito contingente no puede ser confirmado, ni dar derecho a cobro, mientras siga vivo el crédito del acreedor principal. Es más, la LC establece criterios precisos de preferencia crediticia en los que se opta, siempre, por el pago preferente del acreedor principal, en tanto en cuanto este no vea satisfecho íntegramente su crédito (arts. 160 y 161.3, como manifestaciones concursales de la regla general prevista en el art. 1213 del Código Civil) frente al garante o codeudores solidarios.

Otra cosa bien distinta es la posibilidad de comunicación del crédito «contingente» del fiador. Este, no cabe duda, puede tener especial interés en comunicar su crédito junto al del acreedor principal. Por ejemplo, en el caso de que su crédito de regreso se encuentre especialmente garantizado, y no digamos cuando es el propio acreedor principal el que ni siquiera insinúa su propio crédito⁵⁷. De no permitirse la comunicación y reconocimiento del crédito del garante como «meramente contingente», este, como apunta CARRASCO PERERA⁵⁸, «*quedaría en un limbo de indefinición del que solo saldría por la vía de la subrogación, que, además, no siempre es posible*»⁵⁹.

No parece razonable privar al fiador de la comunicación y reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor principal, cuando este en nada perjudicará al acreedor principal, como crédito meramente «eventual» o «contingente», sin perjuicio de neutralizar sus efectos en cuanto a su participación activa en el concurso: derechos de adhesión, de voto y de cobro⁶⁰. Por ello, nos parece razonable bucear en la situación jurídica del fiador para dar una respuesta coherente que explique acertadamente aquella posibilidad de comunicación y reconocimiento.

D) Posición jurídica de los fiadores en la fase de reconocimiento

Si bien la LC habilita a fiadores y obligados solidarios para comunicar el crédito del acreedor principal por ostentar un «interés directo» por haber prestado garantía de su cumplimiento o por haberse obligado a su cumplimiento en régimen de solidaridad con el concursado (art. 85.2), sin embargo, nada se dice sobre la peculiar posición jurídica de aquellos en la fase de comunicación y reconocimiento de los créditos, sobre la base de su condición de titulares de un crédito de regreso frente al concursado y cuya eficacia está condicionada al cumplimiento previo de la obligación principal.

Es tradicional el debate sobre si el crédito de regreso del fiador puede ser comunicado y reconocido en el concurso, constante el crédito del acreedor principal, en virtud de un derecho propio por el fiador en su condición de titular de un crédito condicional. Esta posibilidad de que el fiador pueda directamente comunicar y pedir el reconocimiento de su derecho de regreso suscita opiniones enfrentadas⁶¹.

Y así:

a) Por un lado, con frecuencia se ha señalado la existencia de una prohibición de doble reconocimiento de créditos en el concurso: el eventual crédito de regreso del fiador y el crédito principal. Ambos, se dice, no pueden concurrir, pues son pretensiones financieramente idénticas que solo pueden realizarse alternativamente. Queda impedido, se señala, el reconocimiento del crédito de regreso mientras concorra al concurso el crédito principal, quedando la participación del garante reducida a su subrogación en el crédito principal previa satisfacción del mismo⁶².

En apoyo de esta tesis se señala que, una interpretación sistemática de la norma concursal hace dudar que, bajo el esquema general del reconocimiento de créditos condicionales, el legislador haya tenido la intención de dar cabida a aquellos cuyo origen es una garantía personal, al menos cuando esa garantía consista en un contrato de fianza que presenta concreta mención en el artículo 87.6 LC. ¿Para qué entonces se dice— la previsión específica del artículo 87.6 LC? Dicho precepto contiene una norma especial para el reconocimiento de créditos garantizados con fianza que parece excluir cualquier reconocimiento y calificación alternativa del crédito del fiador, como el que podría producirse al amparo del artículo 87.3 LC. La LC une de manera indisoluble el destino del crédito del fiador, potencial, al crédito del acreedor garantizado y que, en línea de principio, lo previsto por la Ley es el reconocimiento de un solo crédito, el del acreedor garantizado, en cuya posición puede subrogarse posteriormente el garante (el fiador) que, tras la declaración de concurso, hace frente a la obligación de garantía (art. 87.6 LC)⁶³.

b) Por otro lado, se señala en apoyo de la posibilidad de comunicación y reconocimiento del crédito de regreso del fiador, el hecho de que este es titular de un crédito de reembolso contra el deudor (o titular de una expectativa de adquisición del crédito en cuestión) que se encuentra sometido a condición suspensiva y que, por lo tanto, cumplido el evento condicionante podrá ejercer eficazmente su derecho. Mientras tanto, la titularidad condicional del crédito le permitiría insinuarse, con esa condición, en el procedimiento⁶⁴, aunque solo impropiaamente se puede hablar de condición suspensiva⁶⁵.

Pero, al margen de su calificación como crédito condicional tal posibilidad parecería encontrar apoyo hoy en día, además, en lo preceptuado en el artículo 87.3 LC con la inclusión del nuevo concepto de «crédito contingente».

E) El reconocimiento del crédito anterior al pago

La configuración del crédito de regreso como crédito contingente, como hemos visto, supone que tanto el crédito del acreedor principal como el crédito

del fiador van a convivir en el concurso mientras no se produzca el pago íntegro por parte del garante al acreedor. Esta convivencia se consigue mediante el reconocimiento del crédito del fiador como crédito contingente, pero sin cuantía propia y con la calificación que le corresponda según las reglas del artículo 87.6 LC y con la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro (art. 87.3 LC). Mientras no se acredite en el concurso el pago del fiador al acreedor concursal garantizado el carácter del reconocimiento se mantendrá como contingente. Una vez que se produzca dicho pago en su totalidad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 87.3 y la previsión que ha introducido el apartado 8 del mismo artículo por Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal 22/2003, el pago al acreedor producirá la confirmación del crédito de regreso, que pasará de ser contingente a pleno, con el reconocimiento a su titular de todos los derechos concursales que corresponda por su cuantía y calificación. Por lo tanto, en tanto en cuanto no se proceda a su modificación regirá lo dispuesto en el artículo 87.6 a quien se remite el 97.4 3.º de la Ley Concursal: «Cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrá en cuenta las reglas siguientes para la clasificación del crédito; 3.º En caso de pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el artículo 87.6»⁶⁶. Es decir, que se reconocerá el crédito del avalista, fiador o deudor solidario por su importe y sin limitación alguna y sin perjuicio de lo preceptuado para el caso de la sustitución, en cuyo caso ejercitada la subrogación del crédito por el fiador, en su clasificación, se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponda al acreedor o al fiador.

F) Reconocimiento y pago parcial del crédito garantizado: concurrencia y preferencia del crédito principal

Asumido que el derecho del fiador que se puede comunicar y reconocer se considera hecho con la contingencia apuntada, la cuestión se centra ahora en saber cómo será el reconocimiento del crédito del fiador en los supuestos en que este haya pagado parcialmente. En este sentido, una cuestión dudosa que surge respecto al crédito afianzado proviene de la posibilidad de que el fiador solo haya pagado parte de la fianza, es decir, que haya pagado solo parcialmente, lo cual conlleva resolver, entre otras cuestiones, el problema de la concurrencia de los créditos y particularmente quién tiene la preferencia del cobro en el concurso de entre el acreedor principal y el fiador.

Una satisfacción parcial del interés del acreedor concursal, anterior o posterior a la declaración del concurso, puede darse en dos situaciones:

1. Que el avalista, el fiador o el codeudor solidario hayan efectuado un efectivo pago parcial y, en consecuencia, no hayan cumplido enteramente la prestación objeto de su respectiva obligación⁶⁷.

2. O puede deberse, cuando se trate de fiadores o avalistas, a que la obligación asumida por el garante fuera de cuantía menor a la de la obligación garantizada de acuerdo con el artículo 1826 del Código Civil («El fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones»), de forma que, aunque este haya cumplido íntegramente su obligación, ese cumplimiento determine solo una satisfacción parcial del interés que el acreedor tiene en el cumplimiento de la obligación garantizada⁶⁸.

En tal caso, como se ha señalado, se produce una concurrencia como créditos actuales, del acreedor principal y del garante, lo que no deja de ser una mera ilusión teórica, ya que el artículo 87.7 se encarga de eliminarla al señalar que: «A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda».

El hecho de que la redacción original de esta norma considerara la relevancia de los pagos de terceros a los efectos del reconocimiento de créditos ya indicaba que la misma era aplicable a los casos en que la satisfacción parcial del acreedor se hubiere producido antes de la declaración de concurso, al menos antes de la finalización del plazo para la comunicación de créditos establecido en el artículo 85 de la Ley Concursal. Apreciación que venía corroborada por la dicción del artículo 160 de la Ley Concursal que, al establecer una concreta preferencia en el cobro del acreedor principal, comenzaba haciendo referencia a los pagos realizados «antes de la declaración de concurso». En este sentido, la Ley 38/2011 señala que si «antes de la presentación de los textos definitivos se hubiera cumplido la contingencia, condición o supuesto especial recogido en este artículo, la administración concursal procederá, de oficio o a solicitud del interesado, a concluir las modificaciones que procedan conforme a los apartados anteriores». Garantes y obligados solidarios son ya, antes de ese momento y en virtud de las cantidades pagadas al acreedor concursal, titulares de un crédito frente al concursado que pueden hacer valer, en calidad de derecho de reembolso en el concurso del deudor principal.

Partiendo de la existencia de ambos créditos, por la cantidad satisfecha (garante o codeudor solidario) y por la cantidad aún no cobrada (acreedor principal), la norma consagra, para la fase de reconocimiento de créditos, el principio general según el cual el acreedor tiene derecho a resarcirse por el resto del crédito no satisfecho, derecho que es preferente al que ostentan los sujetos que han realizado un pago parcial frente al mismo deudor⁶⁹, siguiendo la preferencia creditual referida en el artículo 1213 del Código Civil: «... la satisfacción del

acreedor es preferente a la satisfacción de quien hubiera realizado pagos parciales a su favor»⁷⁰. El *solvens* puede regresar parcialmente, pero el acreedor originario es siempre preferente para el cobro de lo que resta por pagar.

El fundamento de la preferencia es obvio: de permitirse que los titulares del derecho de regreso concurren en régimen de igualdad en el concurso con el acreedor primitivo, este corre el riesgo de verse preterido en sus expectativas de cobro del resto del crédito frente a aquellos, con el resultado de que el acreedor que concertó la garantía o a quien la estructura de la obligación beneficiaba con una pluralidad de deudores sea finalmente quien soporte el riesgo de insolvencia del concursado. De ahí que, el acreedor que no satisfaga íntegramente su crédito en el concurso podrá reclamar al fiador la cuota recibida; este no podrá apropiarse de ninguna cantidad si antes no se ha satisfecho íntegramente el crédito principal, cuya satisfacción es preferente⁷¹.

En este sentido, el tratamiento de la fianza en el concurso del deudor exige diferenciar dos situaciones principales en función de la realización o no del pago del garante: Una, aquella en la que, declarado el concurso, el fiador no ha hecho frente a su obligación de garantía, bien porque no ha habido cumplimiento anticipado y la obligación no está vencida, o bien estándolo, el acreedor no ha exigido su cumplimiento, en cuyo caso en estos supuestos la tutela del garante se rige por lo preceptuado en el artículo 87.3 de la Ley Concursal; y Dos, aquella otra en la que el fiador ha cumplido, constante el concurso, su obligación, en cuyo caso resulta de aplicación el apartado de la calificación, el artículo 87.6 LC. Del mismo modo, junto a estas posibilidades, es necesario también prever una tercera situación, que podría llamarse mixta, en la que el acreedor no ha visto completamente satisfecho su crédito por el fiador pero ha recibido un pago parcial, ya sea antes o después de la declaración de concurso. Mientras el pago parcial preconcursal tiene su regulación en los artículos 97.7 y 160 de la Ley Concursal, el pago parcial realizado de forma sobrevenida a la declaración de concurso no está contemplado expresamente en la Ley Concursal⁷².

a) Pago parcial preconcursal

Señalaba ALONSO LEDESMA⁷³ antes de la reforma de 2011 que, sobre la base de una interpretación literal del artículo 87.7 de la Ley Concursal, parece deducirse que el acreedor que haya recibido con anterioridad al concurso un pago parcial de la deuda quedaría legitimado para solicitar en su interés, en todo caso y sin excepción alguna, el reconocimiento del crédito actual del fiador además de la parte de su propio crédito no satisfecho, debiendo solicitar el reconocimiento y consiguiente inclusión en la lista de acreedores por el importe total de su crédito, esto es, tanto de la parte de su crédito no satisfecho como de la totalidad del crédito que por reembolso o cuota de solidaridad correspon-

dería al fiador, avalista o coobligado solidario que realizó el pago parcial y ello no obstante la circunstancia de que el «acreedor en vía de regreso no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda»⁷⁴.

Conforme a esta disposición, y aun partiendo de que el primitivo acreedor no es el titular de los créditos cuyo cobro preferente se le reconoce en virtud del artículo 1213 del Código Civil, este tiene la posibilidad de recuperar en el concurso el resto de su crédito no satisfecho con cargo a los pagos de los créditos que correspondan a fiadores, avalistas u obligados solidarios. Corroborando esta idea, el artículo 160 de la Ley Concursal, en sede de pago de créditos, ya estableció que «el acreedor que antes de la declaración de concurso hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de este»⁷⁵.

La lectura del artículo 87.7 inducía a pensar a la autora mencionada que la inclusión en la lista de acreedores de los créditos correspondientes a los sujetos que han realizado pagos parciales se realizaría a instancia y voluntad del acreedor principal beneficiario de tal reconocimiento. En este caso, estaríamos ante un supuesto de comunicación de créditos realizada por un tercero interesado (art. 85.2 LC)⁷⁶. Sin embargo, no parecía entonces que debiera ser esta la única interpretación correcta de la norma, pues no podría afirmarse con la legislación anterior en la mano que hubiera disponibilidad plena del acreedor principal, a efectos de comunicación y reconocimiento. Y en este sentido ha terminado por manifestarse el tenor literal del nuevo número 8 del artículo 87 que faculta a que la administración concursal, *de oficio o a solicitud del interesado*, pueda incluir las modificaciones que procedan conforme a los apartados anteriores de esta norma.

El artículo 87.7 no impedía que el fiador, que había satisfecho parcialmente el crédito principal, comunicara su crédito, bien bajo su consideración de crédito de reembolso (art. 1838 del Código Civil) o bien bajo la opción de la vía subrogatoria (art. 1839 del Código Civil)⁷⁷. Actuación que, por otra parte, era aconsejable para evitar las consecuencias de la tardía comunicación del crédito (arts. 92.1.º y 158 LC); y actuación lógica cuando el acreedor principal solicitaba solo el reconocimiento de su crédito parcialmente insatisfecho; pero actuación que podía generar conflictos cuando el acreedor principal solicitaba el reconocimiento del crédito de reembolso a su favor⁷⁸, o ambos a la vez.

En estos casos, nos encontrábamos con un supuesto de concurrencia real y efectiva en el concurso del deudor del crédito del acreedor principal y del acreedor en vía de regreso; si bien, sucedía que antes la efectividad de tal comunicación, quedaba en manos del acreedor principal quien, ejercitando la facultad que le concedía el artículo 87.7, podía excluir al garante pagador o al codeudor solidario del proceso concursal, al menos temporalmente y a los solos efectos del cobro, con solo solicitar de la administración del concurso la

inclusión del crédito de regreso o la cuota de solidaridad «a su favor»⁷⁹. Así la consecuencia, según la legislación anterior y teniendo en cuenta la sola existencia del artículo 87.7, era que cuando el fiador hubiere efectivamente comunicado su crédito por la parte de la deuda satisfecha con anterioridad al concurso, el crédito del acreedor principal se podía reconocer en la lista de acreedores por su importe total, y a su favor, como si no se hubiese satisfecho en absoluto⁸⁰; aunque no podía este percibir dentro del concurso más del nominal del crédito reconocido, esto es, sumado el pago parcial recibido con anterioridad a la declaración y los dividendos concursales (art. 160 LC). Quedaba, por tanto, el reconocimiento del crédito a favor del fiador (cuota de reembolso o cuota de solidaridad) en situación de suspenso, en espera para activarse a que el crédito del acreedor principal se hubiera satisfecho en su integridad. Puede decirse que quedaba sometido a condición: la previa satisfacción del acreedor⁸¹.

Esta atribución de la titularidad del crédito del fiador a favor del acreedor principal, a solicitud de este, ha originado diversas calificaciones, desde su configuración como una *titularidad fiduciaria* del acreedor principal que no impide que los créditos se reconozcan a nombre del fiador y este tenga los derechos políticos que le puedan corresponder, pasando por una *adquisición en garantía*⁸², hasta la estimación de una *cesión forzosa del crédito* en garantía del pago concursal⁸³.

No hay duda de que se produce, a los solos efectos concursales, una atribución del derecho del fiador, de un derecho ajeno, con la única y precisa finalidad de dotar de efectividad a la preferencia crediticia establecida específicamente en el artículo 160 de la Ley Concursal y, con carácter general, en el artículo 1213 del Código Civil, lo que implica que el garante pueda seguir disponiendo del crédito de reembolso, que no dejaba de ser de su titularidad, y los derechos a él anexos como pueden ser los de participación y voto en el convenio. Pero, eso sí, tenían excluida la posibilidad de cobro que pertenece con carácter exclusivo y excluyente al acreedor principal que había hecho valer la facultad que le concede el artículo 87.7 de la Ley Concursal⁸⁴.

Nosotros entendemos que lo que genera es una especie de *reserva o salvaguarda legal de cobro* del crédito a favor del acreedor, reserva concursal del crédito, que se mantendrá en tanto en cuanto no haya cobrado la totalidad de su crédito. Esto no impide que el derecho de reembolso o de regreso siga siendo titularidad del fiador, sigue en su patrimonio y es susceptible de transmisión y gravamen por este, pero no podrá hacerlo efectivo, en tanto en cuanto, el acreedor principal no quede satisfecho totalmente en su interés crediticio concursal. Con ello, por una parte, se garantizaba el pago íntegro del acreedor principal aumentando artificialmente el nominal del crédito para incrementar el dividendo concursal y sus expectativas de cobro⁸⁵ y por otro se mantiene la posibilidad de disposición del derecho del fiador. En este sentido, entendemos que ese derecho de cobro está sujeto, en cuanto al concurso, a la condición suspensiva

de que el acreedor principal cobre íntegramente su crédito en el concurso del deudor principal. Por lo tanto, en ningún momento se podría afirmar que nos halláramos ante una verdadera y propia subrogación en el crédito por reembolso o por cuota de solidaridad. Tal afirmación iría en contra de los principios rectores de la acción subrogatoria recogidos en el artículo 1111 del Código Civil, y, concretamente, contra la exigencia de perseguir los bienes del deudor con carácter previo al ejercicio de la acción, lo que no se exigía en el artículo 87.⁸⁶

No obstante, ¿cabría la posibilidad de que el acreedor principal garantizado con fianza pudiera usar de los derechos que la subrogación le da? Una respuesta afirmativa conllevaría admitir la posibilidad de que, ante una más que posible diversa calificación de cada uno de estos créditos, el acreedor principal pudiera hacer valer, vía subrogatoria, las posibles garantías reales de las que pudiera gozar el crédito de reembolso, en cuyo caso, el acreedor principal podría ejercitar, de un lado, su crédito ordinario por la cuantía no abonada y, de otro, el crédito privilegiado de reembolso del fiador por la cuantía pagada, pues de lo contrario la preferencia recaería sobre el *solvens* garante o codeudor solidario, en contra de lo establecido en el artículo 160 LC y 1213 del Código Civil⁸⁷.

Verdaderamente, solo nos encontramos ante una reserva o salvaguarda legal que conllevaría exclusivamente una preferencia en el cobro que posibilita al acreedor principal dirigirse contra el concurso para cobrar un crédito que no le pertenece, hecho, este último, que nos acerca a la naturaleza de la conocida *acción directa*⁸⁸, que permite que cuando el garante no haya manifestado su intención de concurrir al proceso concursal, bien no comunicando o bien renunciando («aunque este no hubiera comunicado su crédito o hubiese hecho remisión del mismo»), será el acreedor principal el que, amparado en el artículo 85.2 LC, al ser un «interesado en el crédito» y facultado expresamente por el artículo 87.7, pueda solicitar el reconocimiento de dicho crédito a su favor. Con ello, se posibilita el mismo efecto que generaría el ejercicio de una acción pauliana, pero sin tener que ejercitarla e impediría la aparición del supuesto contemplado en los artículos 1291.3.º y 1297 del Código Civil referidos a una posible renuncia de mala fe en perjuicio de tercero⁸⁹.

Por el contrario, ¿qué ocurriría en cuanto al reconocimiento en el caso de que el acreedor principal no comunicara el crédito? A falta de solicitud a la administración concursal, si permanece inactivo y deja transcurrir el plazo de impugnación de la lista de acreedores sin manifestar oposición a la misma, habrá de entenderse que renuncia a la preferencia y que el garante, o, en su caso, el obligado solidario, pueden gestionar su crédito concursal de forma autónoma al acreedor parcialmente satisfecho.

Cuando el fiador paga parcialmente ¿qué crédito es el que se debe reconocer? El crédito que se comunica no es el propio crédito del acreedor parcialmente pagado que pudiera corresponder al fiador por vía subrogatoria. El acreedor parcialmente pagado no puede comunicar como impagado todo su crédito, sino

que la ley le obliga a manifestar que comunica y pide su reconocimiento únicamente de su crédito restante y el crédito de reembolso del codeudor o garante. Pero, tal crédito de reembolso debe existir y deberá probar este crédito. Así, el acreedor que pretenda incluir el crédito de regreso en el concurso tendrá que probar la existencia de este derecho de reembolso en la relación interna, si la administración concursal o el *solvens* lo niegan. Una vez comunicado, beneficia a todos, no solo al acreedor principal que hace valer la facultad del 87.7 (complementada por el art. 85.2 LC), sino también a los titulares originarios del crédito (garantes o codeudores solidarios) que verán su crédito introducido en el concurso a los efectos del artículo 86.1 LC («reconocimiento de créditos por la administración concursal»), pudiendo acceder, en su caso, al sobrante a que diera lugar dicho cobro, como consecuencia de la aplicación del límite establecido en el artículo 160 LC («... tendrán derecho a obtener en el concurso los pagos correspondientes a aquellos, hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este»).

La misma cuestión puede plantearse a la inversa, es decir, que la comunicación realizada por el garante o codeudor solidario que realizó el pago parcial tenga efectos favorables respecto del acreedor principal que no ejercitó la facultad que le proporcionaba el artículo 87.7. En este supuesto ¿cabría entender que se puede aplicar en este caso el artículo 160, dando la preferencia de cobro al acreedor principal que no comunicó su crédito a tiempo? Entendemos que nada impide la aplicación del artículo 160 por el que se establece la preferencia del «acreedor que, antes de la declaración del concurso, hubiera cobrado parte del crédito del fiador o avalista o de un deudor solidario... sobre los pagos correspondientes a aquellos hasta que sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este», ya que en ningún momento exige el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 87.7; si bien, dicho precepto se encuentra ubicado en sede de liquidación del concurso, por lo que podríamos pensar que no sería aplicable en aquellos supuestos en los que el concurso concluyera con un convenio; pero, en tal caso, siempre podríamos echar mano del artículo 1213 del Código Civil, fundamento último de la preferencia concursal, «El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

De estas consideraciones, podemos sacar las siguientes consecuencias respecto del pago parcial hecho por el fiador⁹⁰:

1. El pago parcial al acreedor por parte del fiador supone la extinción, también parcial, de la obligación del garante, conforme a lo dispuesto en los artículos 1144, 1145. I, 1169.I y 1213 del Código Civil.
2. Este pago parcial concede al fiador un derecho de regreso propio (art. 1838 del Código Civil) y el derecho de subrogarse en la posición del

acreedor (art. 1839 del Código Civil), si bien en este último caso el ejercicio del derecho del garante queda sometido al artículo 1213 del Código Civil que concede al acreedor principal un derecho de preferencia para cobrar el resto del crédito aún pendiente frente al titular del regreso, como igualmente sucede respecto al acreedor concursal de una obligación solidaria, cuyo derecho de cobro del resto del crédito es preferente respecto al derecho del deudor solidario a exigir al resto de codeudores la parte que internamente a cada uno corresponda para reembolsarse de lo que pagó en exceso (art. 1145, I del Código Civil).

3. La situación descrita desde el punto de vista civil tiene su paralelismo en el contexto concursal a través de las reglas de los artículos 87.7 y 160. La norma del artículo 87.7, ubicada en sede de reconocimiento de créditos, parte de la concurrencia en el concurso de los dos créditos parciales y permite, previa la petición del acreedor, la inclusión a su favor no solo del propio crédito que le resta por cobrar frente al deudor, sino también de los créditos de regreso del garante y, en su caso, del obligado solidario⁹¹.

4. Si son créditos anteriores al concurso y de titularidad ajena, que de estar reconocidos tendrán su propia calificación y cuantía en el concurso, de tal manera que el crédito de regreso anterior estará integrado por los conceptos del artículo 1838 del Código Civil, mientras que el crédito correspondiente al deudor solidario comprenderá lo que pagó en exceso sobre la cuota que internamente le correspondiera en cumplimiento de la obligación⁹².

5. El acreedor puede solicitar, de acuerdo con el artículo 87.7, el reconocimiento a su favor de ambos créditos (el suyo y el crédito del garante o del deudor solidario sobre el que tiene preferencia de cobro) con independencia de que estos hayan comunicado esos créditos y de que el montante conjunto de dichos créditos y el del acreedor preferente supere la cantidad que se le adeuda a este tras el pago parcial⁹³.

6. El artículo 87.7 reconoce al acreedor una mera facultad (*a solicitud del acreedor...podrán*), pero si no la ejerce, ello posibilitará una gestión autónoma de los créditos por sus distintos titulares⁹⁴. Y la solución debe de ser la misma si lo que sucede es que el acreedor no tiene reconocido el crédito en el concurso⁹⁵.

7. En caso de que el fiador o el obligado solidario no hayan comunicado sus créditos de regreso, cabría la posibilidad de que el acreedor pueda hacerlo en nombre de estos (art. 85.2 LC) solicitando, al tiempo que comunica su crédito, la inclusión a favor de aquellos sobre los que se extiende su preferencia. Por el contrario, no sería posible cuando, comunicados y reconocidos los créditos de regreso y de reembolso a instancia de sus respectivos titulares, estos se incluyan a favor del acreedor sin que este lo solicite, pues todos los derechos de los créditos de reembolso y regreso, incluido el de cobro, podrían ser ejercidos por sus titulares sin perjuicio de que la preferencia que corresponde al acreedor principal pueda ser hecha valer fuera del concurso en virtud del artículo 1213 del Código Civil.

8. El artículo 87.7 ha de ser puesto en conexión con el artículo 160 de la misma Ley, de tal manera que de esta disposición se deduce que la finalidad de la inclusión del crédito de regreso a favor del acreedor principal es articular concursalmente la preferencia del cobro que le corresponde por el artículo 1213 del Código Civil, resultando que la titularidad del crédito a favor del acreedor principal es meramente instrumental limitada a ejercer la preferencia de cobro⁹⁶.

9. Consecuencia de lo anterior es que, en cuanto no se produzca una cesión del crédito al acreedor y solo se le legitime para el cobro de su crédito hasta la entera satisfacción de su crédito concursal, tampoco se le atribuirán el derecho de adhesión y voto de estos créditos, que seguirán perteneciendo a sus titulares.

10. Si el acreedor consigue en el concurso el cobro de total de su crédito, cesará la preferencia y los titulares de los derechos podrán cobrar el resto de lo que a esos créditos les corresponda en el concurso (art. 160 LC).

Otra cuestión que suscita el artículo 87.7 es la de las distintas calificaciones a que pueden estar sujetos el crédito del fiador y el crédito del acreedor. ¿Podría resolverse las posibles divergencias de calificación por las reglas del artículo 87.6 de la Ley Concursal? La respuesta debe de ser negativa por que al tratarse de un pago preconcursal la norma no resulta de aplicación y como tal pago preconcursal los créditos sobre los que el acreedor puede ejercer la preferencia conservan la calificación que les correspondan en el concurso.

Y así resulta que⁹⁷:

1. Si el crédito del acreedor es de aquellos sobre los que ejerce la preferencia tiene idéntico rango el artículo 160 de la Ley Concursal y despliega toda su virtualidad, ya que permite al acreedor maximizar sus posibilidades de cobro recibiendo la parte correspondiente del crédito del garante o del obligado solidario, siempre que el pago porcentual de su propio crédito no alcance a cubrir el importe de lo debido por el deudor.

2. En caso de que el crédito de reembolso sea de menor rango que el crédito de acreedor parcialmente satisfecho, la aplicación del artículo 87.7 y 160, aunque resulte de menor utilidad para el acreedor, tampoco suscita particulares problemas, porque el crédito de regreso de rango menor no sirve en ningún caso para mejorar la posición del acreedor en detrimento de los acreedores concursales que sean titulares de créditos del mismo rango que el crédito del principal.

3. En cambio, si el crédito de reembolso es de rango superior que el del acreedor y este, a su vez, es subordinado por su especial relación de su titular con el deudor, la regla del artículo 87.7 puede suponer que el acreedor subordinado eluda las consecuencias de esta calificación mediante el ejercicio del derecho de cobro en la posición del titular de regreso.

En este último supuesto, el resultado es contrario a la filosofía del artículo 97.2 de la Ley Concursal⁹⁸, porque, en tal caso, la preferencia reconocida en

el artículo 160 LC permite que un crédito de mayor rango (el crédito de regreso) se sitúe al servicio de la satisfacción del titular de un crédito subordinado (el crédito del acreedor) con el consiguiente perjuicio para el resto de los acreedores concursales. Ello se acentúa al no ser de aplicación el artículo 87.6 de la Ley Concursal por lo que no se neutraliza la distinta posición que el acreedor y garante puedan ostentar en el concurso, por lo que MARTÍN ARESTI⁹⁹ opina que debiera valorarse una aplicación analógica de esta última norma a los efectos de organizar el orden de pago de los créditos en este supuesto.

b) Pago parcial postconcurzal

Si, una vez declarado el concurso, el fiador hace frente a su obligación de garantía, el reconocimiento del crédito garantizado aprovecha al sujeto pagador, quien puede subrogarse por la cuantía así reconocida en la posición del primitivo acreedor concursal conforme establecen los artículos 1210 y siguientes del Código Civil y sanciona, a los efectos del concurso, el propio artículo 87.6 de la Ley Concursal¹⁰⁰. Asimismo ocurrirá, si el pago es realizado entre la declaración del concurso y antes de que transcurra el plazo para la comunicación de los créditos a la administración concursal. Si se realizan después, no hay momento procesal para comunicar el nacimiento del crédito a favor del garante o del deudor solidario, de forma que, a efectos concursales, solo existirá constancia del crédito del acreedor primitivo que haya resultado reconocido en su momento por la cuantía correspondiente. En estas condiciones parece que debe ser el acreedor primitivo quien concurra en el concurso por el total del crédito. En la medida en que las circunstancias del concurso permitan a dicho acreedor cobrar una cuantía mayor que la que resta para su total satisfacción, dicho acreedor debe restituir el exceso a quien realizó el pago parcial.

Alternativamente, y previa acreditación del pago realizado por el tercero ante la administración concursal, el sujeto pagador podrá subrogarse en la posición del acreedor concursal por analogía con el artículo 87.6 LC, sin perjuicio de que la eficacia de esa subrogación quede condicionada a la completa satisfacción del acreedor, de acuerdo con el artículo 1213 Código Civil, que vela esencialmente por impedir que la subrogación se produzca en perjuicio del acreedor principal¹⁰¹.

En este sentido, si el pago parcial al acreedor se produce durante el concurso, regirá lo dispuesto en el artículo 97.4 3.º de la Ley Concursal que remite al artículo 87.6 de la misma Ley en los casos que el pago parcial se haya realizado por avalista, fiador o deudor solidario que haya comunicado su crédito contingente en el concurso. Claro está que, como opina MARTÍN ARESTI, al crédito de fiador se le calificará su crédito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.6, en el sentido que habrá que calificarlo de la manera menos gravosa para el concurso, y al crédito impagado y garantizado por fianza que

corresponda al acreedor principal se le dará la calificación que le corresponda por su naturaleza reconocida en la LC y se le dará la preferencia derivada del artículo 1213 del Código Civil y resulta de la aplicación analógica del artículo 160 de la Ley Concursal¹⁰².

III. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON FIANZA EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES

1. LA FINALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS AFIANZADOS EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES

Partimos del artículo 85.5 de Ley Concursal que prevé una norma específica en materia de comunicación y reconocimiento de créditos para el caso de concursos simultáneos de deudores solidarios¹⁰³. En tal supuesto, el acreedor o interesado podrá comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos, y en cada escrito presentado se expresará la copia de los escritos presentados en los demás. No se aprecia razón alguna para que la regla sea idéntica en el caso de concursos sucesivos y no meramente simultáneos¹⁰⁴ y ello, evidentemente, cuando el acreedor decida comunicar el crédito a la administración de los concursos abiertos con carácter simultáneo, pues la comunicación simultánea es una facultad del acreedor, quien puede ejercitarla o no. El acreedor no está obligado a dirigir su pretensión frente a todos, solo está limitado hasta la satisfacción total del crédito.

Tal consideración pretende evitar que el acreedor se enriquezca injustamente comunicando un único crédito en los diversos concursos, sin hacer mención a la pluralidad de concursos, pudiendo, con ello, acceder a la duplicidad de cobros y vulnerar lo establecido en el artículo 161.1 de la Ley Concursal (claro complemento de lo establecido en el artículo 1144 del Código Civil) en el que se impide que «la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito».

¿Cabe aplicar estas reglas a los fiadores que concurren en el concurso con otros? Ciertamente que las normas referidas (arts. 85.5 y 161 LC) solo hacen mención de los deudores solidarios, pero el mismo fundamento utilizado para estos es extrapolable a los fiadores o avalistas, cuando estos últimos caen en concurso «simultáneamente» con el deudor principal¹⁰⁵. Incluso frente a aquellos que gozan del beneficio de excusión¹⁰⁶, donde se manifiesta el carácter contingente del crédito que no puede realizarse en el concurso sin la previa excusión del patrimonio del principalmente responsable, que se verán protegidos en sus respectivos concursos por la necesidad de la certificación acreditativa de lo percibido en cada concurso y la puesta en conocimiento a los órganos técnicos de los otros concursos el hecho mismo del pago.

2. SOLUCIONES DE COORDINACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS CONCURSOS

Los problemas que se pueden suscitar en este marco son de pura coordinación entre los distintos concursos abiertos de los diversos deudores solidarios, o deudores con patrimonios de refuerzo.

De este modo:

1. El legislador concursal obliga, pero no establece sanción en caso de incumplimiento, a presentar al acreedor, en cada escrito de comunicación, manifestación expresa de si se han efectuado ya, o se piensan efectuar, el resto de las comunicaciones, «acompañándose en su caso copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieran recibido» (art. 85.5).

2. La administración concursal debe aplicar lo establecido en el párrafo segundo del artículo 161 de la Ley Concursal en el que se establece que «podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en cada concurso, debiendo poner en conocimiento de los mismos órganos técnicos de los otros concursos el hecho mismo del pago»¹⁰⁷; pero, para su correcta aplicación, la administración concursal debe conocer la realización de la doble o múltiple comunicación realizada por el acreedor, lo que no siempre sucede. Habría que preguntarse, en caso de concurso múltiple, ¿qué administración concursal decidirá pagar primero?, intentando mantener el mayor activo posible, ¿no esperarán a que se le presente la certificación acreditativa de lo percibido en cada concurso?

3. CUANTÍA POR LA QUE HABRÁ QUE COMUNICARSE EL CRÉDITO EN CADA UNO DE LOS CONCURSOS

El artículo 85.5 no hace referencia a que la comunicación lo sea por la totalidad del crédito; no obstante, la regla de la comunicación plena no ha admitido discusión en nuestra doctrina¹⁰⁸.

El acreedor, independientemente de que pueda dirigirse contra los codeudores (o garantes) no concursados, podrá solicitar el reconocimiento íntegro de su crédito en todos los concursos abiertos hasta obtener la satisfacción total del mismo. De lo contrario, señalaba RAMÍREZ¹⁰⁹ bajo la legislación derogada, podría darse la siguiente paradoja: «si ascendiendo la deuda a 100, y habiendo —por ejemplo— cobrado de las anteriores 60, se le obligase a presentarse en la última como acreedor solo por 40, y tuviese que contentarse con un 25% en la distribución, resultaría que solo cobraría 10, que unidos a los 60 harían 70, y perdería 30; cuando considerándolo acreedor por los 100, hubiera cobrado 25 y no perdería más que 15». La propia finalidad del concurso, identificada en la Exposición de Motivos de la LC con la mejor tutela del crédito, y, consiguien-

temente, con el intento de satisfacer íntegramente al acreedor, hacen congruente la aseveración anterior de considerar que la comunicación en los distintos concursos es por el íntegro¹¹⁰, tal y como se puede derivar de lo manifestado en el artículo 87.6: «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe *sin limitación alguna* y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador».

Todo ello sin que, al tiempo, un pago parcial postconcurzal suponga una disminución del crédito comunicado y reconocido. Y sin que el codeudor solidario (o garante, concursado o no) pagador parcial pueda obtener el pago en los concursos del resto de los codeudores (solidarios o garantes) mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho, pues su crédito siempre permanecerá, hasta la total satisfacción del acreedor principal, con el carácter de contingente.

Si el pago parcial se ha realizado con anterioridad a la declaración del concurso, el deudor solidario (o garante que aporta un patrimonio de refuerzo) se convierte en acreedor actual por la parte satisfecha y el acreedor principal mantiene su derecho por la parte restante del crédito no satisfecha. Como créditos preconcursales que son, ambos podrán ser reconocidos en el concurso abierto¹¹¹. Pero, siempre teniendo igualmente en cuenta que el artículo 160 LC viene a señalar que: «El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este». Norma concursal similar a la establecida en el artículo 1213 del Código Civil¹¹², y por la que se establece una clara preferencia a favor del acreedor satisfecho parcialmente sobre aquel pagador que se ha subrogado en ese pago parcial, que impide, en sede concursal, cualquier cobro del codeudor solidario (o garante), pagador parcial preconcursal, hasta no se haya dado plena satisfacción al crédito del acreedor que será quien se haga con los pagos correspondientes a aquellos¹¹³. Existe, junto a una especie de bloqueo de la acción de regreso hasta que el acreedor principal quede satisfecho por entero, una clara apropiación de la cuota de reembolso del codeudor o garante.

4. CONSECUENCIAS DEL PAGO POSTCONCURSAL

Mayores problemas presenta el pago postconcurzal, ya que, en tal caso, el crédito del codeudor solidario o del fiador y el crédito del acreedor podrían llegar a participar a la par en el concurso, y si este último no se puede ver disminuido de manera automática por la existencia de dicho pago parcial, no puede ser admisible que un crédito aparezca como reconocido en el concurso por duplicado, íntegro a favor del acreedor y parcial a favor del pagador (codeudor solidario o garante, concursado o no), de ahí la dicción del artículo 161.3 de

la Ley Concursal: «El deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho»¹¹⁴.

Idéntica solución debería apreciarse en los casos en los que el codeudor solidario (o garante) tiene limitada su responsabilidad al pago postconcursal efectuado, en cuyo caso las normas protectoras de la satisfacción íntegra del acreedor (arts. 1213 del Código Civil y 161.3 LC) impiden la confirmación de su crédito.

Problema distinto se suscita cuando el pago se realiza fuera del concurso, antes o después de su declaración, pues la administración concursal no puede controlar tal situación. En dicho supuesto, una vez constatado el pago en exceso del concurso es factible que la administración concursal aplique el artículo 1842 del Código Civil: «Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y este, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor».

III. NORMAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DEL FIADOR

La Ley Concursal contiene normas aplicables al caso de que el afectado por el concurso sea el fiador. En este supuesto debemos distinguir si el fiador gozaba del beneficio de excusión o no. Así, tratándose de un fiador que goza de beneficio de excusión (art. 1830 del Código Civil), el crédito que el acreedor tiene contra él podrá ser reconocido en el concurso según la regla general del artículo 87.5 de la Ley Concursal: «Los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente». Esta norma es de aplicación a los concursados obligados subsidiariamente con beneficio de excusión sobre el patrimonio del deudor principal, realizándose la confirmación de estos créditos por el saldo que corresponda y estando condicionada a la justificación frente a la administración concursal del cumplimiento de la contingencia, por no haber bienes en el patrimonio del deudor principal para hacer frente al pago del total de la deuda. Mientras tanto, por su condición de contingentes, no gozan de los derechos de voto, de adhesión y de cobro (art. 87.3 LC).

En cambio, especial régimen se da en el caso de fiador solidario. En este supuesto, el régimen concursal del crédito que frente a él tiene el acreedor se sujeta a las normas de la comunicación de créditos en los concursos simultáneos de deudores solidarios y pago de esos créditos que contiene los artículos 85.5 y 161 de la Ley Concursal.

De ellas podemos señalar las siguientes consideraciones:

1. El fundamento de la norma contenida en el artículo 85.5 LC es la misma que configura el artículo 1144 del Código Civil, que reconoce al acreedor la facultad de reclamar el total crédito a cada uno de los deudores solidarios hasta la satisfacción de lo adeudado, ya sea separada o simultáneamente y ya se encuentren ellos o no en la situación de concurso¹¹⁵ y la norma puede aplicarse también si solo está en concurso uno de los deudores y los demás son deudores *in bonis*¹¹⁶.

2. La facultad dimanante del artículo 85.5 de la Ley Concursal concede al acreedor el derecho a comunicar el importe total del crédito en los concursos de cada uno de los deudores, debiendo informar a las distintas administraciones de los concursos de este proceder.

V. LOS EFECTOS EXTRACONCURSALES DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

Cuando un crédito ha sido incluido o excluido de la lista provisional de acreedores confeccionada por la Administración concursal, sin que tal exclusión o inclusión haya sido objeto de impugnación, surge la cuestión si en tales casos cabe que el deudor o el acreedor puedan plantear, después y fuera de concurso, la posibilidad o no de su existencia y cuantía.

Sobre esta posibilidad hay que hacer las siguientes puntualizaciones: 1. Claro es que se refiere a los supuestos en que no haya habido sentencia recaída en un incidente concursal incoado al amparo del artículo 96.1 de la Ley Concursal, pues en estos casos la sentencia firme dictada por el juez del concurso tiene fuerza de cosa juzgada (*ex art. 196. 4 LC*) y, en consecuencia, excluye un ulterior proceso con el mismo objeto que lo ha sido el incidente concursal; 2. La cuestión carece de transcendencia en los casos en que el concurso concluya por la inexistencia de bienes y derechos del deudor concursal (*ex art. 176.1.4.º LC*).

Aquella situación, en la que se hubiera incluido o excluido de la lista provisional de acreedores un crédito, no parece que pueda impedir que, tanto el acreedor que no fue incorporado a ella como en el supuesto que incluido un crédito no fue impugnado por el deudor, se pueda exigir —judicial o extrajudicialmente— el pago del mismo en los términos aprobado por el convenio y cumplido o, en su caso, el deudor pueda reclamar del acreedor ilegítimo aquello que hubiera percibido del concurso. Por lo tanto, la respuesta a la posibilidad del reconocimiento de créditos extraconcursoales debiera ser afirmativa, ya que la lista confeccionada por la Administración concursal no tiene efectos constitutivos ni extintivos de los derechos de créditos a cargo de la entidad declarada en concurso y, ello, sin prejuzgar los efectos que la declaración de concurso

produce sobre los créditos en el seno del concurso¹¹⁷ y así lo ha acreditado la mejor doctrina¹¹⁸.

NOTAS

¹ RAMÍREZ, en *La quiebra* (T.I), Barcelona, 1998, 2.^a ed. p. 378, decía que la fase de verificación tenía como finalidad «determinar y clasificar los diferentes créditos contra el deudor, a fin de constituir la llamada masa pasiva de la quiebra».

² Como señala FRIGOLA RIERA, A., en Reconocimiento de créditos, *Enciclopedia de Derecho Concursal (Tomo II)*, 2012, p. 2507 «la fase de verificación se iniciaba una vez que el juez de la quiebra fijaba un plazo que no podía ser superior a sesenta días y en el los acreedores debían presentar a los Síndicos los títulos originales justificativos de sus créditos. Dentro de los ochos días siguientes a la expiración del plazo fijado judicialmente para la comunicación de créditos, los Síndicos debían formar u «estado general de créditos», sobre la base de los documentos que se hubieran presentado a comprobación. Debía hacerse constar un informe individual sobre cada crédito en función del resultado obtenido en virtud del cotejo de los documentos aportados con los libros y documentos de la quiebra, así como con las demás noticias que hubiesen llegado a su conocimiento (arts. 1103 y 1104 CCom de 1929)».

³ Era preciso alcanzar la mitad más uno del número de votantes que representen, además, al menos las tres quintas partes del total del pasivo del deudor (arts. 1101 y 11015).

⁴ Señala FRIGOLA RIERA, en *Reconocimiento...* p. 2507, que era tal la importancia del referido documento que «la doctrina lo calificó como *la misión más delicada e importante que se confiaba a los interventores*.

⁵ SAGRERA TIZÓN, J.M., en *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos* (vol. II), Barcelona 1989; p. 116.

⁶ FRIGOLA RIERA, A., en *Reconocimiento...* *cit.*, p. 2510. En cuanto al derecho-deber, del artículo 21.1.5.º LC, es individualizada puesto que solo alcanzará a aquellos acreedores que consten en la lista de acreedores que haya facilitado el deudor para la solicitud del concurso, ya que difícilmente podrá tener la administración conocimiento de otros créditos; y es limitada por que no tiene efectos para producir ninguna modificación en el plazo legalmente habilitado para la comunicación de créditos. Plazo que entendemos es un plazo de caducidad, que se inicia inexorablemente y finaliza una vez cumplido, si la posibilidad de prórroga alguna, sin perjuicio de los supuestos especialmente establecido en la Ley para la comunicación extemporánea. En cuanto a la obligación de la Administración concursal de tomar en consideración los libros y documentos del deudor, tiene como finalidad asegurar que la lista de acreedores concursales refleje exactamente el pasivo del deudor concursado a fin de que aquella pueda valorar todos los créditos que resulten de los libros y documentos (art. 86.1 LC), siendo una obligación separada e independiente de la obligación de los acreedores de comunicar su crédito. Obligación que está en relación, por una parte, con el deber del deudor de colaborar con la Administración concursal (art. 42 LC) y, por otra, de poner «a disposición de la Administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial» (art. 45.1 LC). En cuanto a la obligación complementaria de la Administración concursal de tomar en consideración aquellos otros créditos que *por cualquier otra razón constaren en el concurso*, es una obligación que funciona como una cláusula de cierre a los efectos del reconocimiento de aquellos otros supuestos de créditos recogidos en la Ley Concursal, como por ejemplo el supuesto de los créditos *asegurados con garantía real inscrita en registro público* (art. 86.2 LC). Con ello, se persigue que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Exposición de Motivos, en la fase común se alcance el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor concursado a través de la determinación de la masa activa y pasiva.

⁷ La Ley concursal regula como *reconocimientos forzosos de créditos* aquellos cuyos reconocimientos vienen determinados, o por el título o por el registro en que se encuentran incorporados o por las características del acreedor. El artículo 86.2 LC regula estos supuestos: 1. Créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firme; 2. Créditos que consten en documento con fuerza ejecutiva; 3. Créditos reconocidos por certificaciones administrativas; 4. Créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público; y 5. Créditos de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, la obligación que la Ley impone a la Administración concursal del reconocimiento forzoso de determinados créditos no supone la obligación de aquietarse también con su existencia, pero si la Administración concursal dudare de la veracidad del crédito sujeto a reconocimiento forzoso, puede discutirlo fuera del concurso (art. 86.2.º LC) y en el cauce que en cada caso corresponda, estando asimismo legitimada tanto para impugnar los convenios como procedimientos arbitrales en caso de fraude, según lo previsto en el artículo 53.2 LC. No están incluidos en los supuestos de reconocimiento forzoso de créditos los derivados de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. Distinto de los supuestos de reconocimientos forzosos regulados en la Ley, son los casos en que la Administración concursal esta obligada a incorporar determinados créditos a la lista de acreedores. Es el caso contemplado en el artículo 86.3 LC, consistente en aquel supuesto de hecho en que la Administración concursal detecta, durante su labor de comprobación del pasivo del concursado, la existencia de créditos concursales públicos que no han sido declarados o liquidados por el deudor, con infracción de sus obligaciones. En estos casos, el artículo 86.3 LC impone a la Administración concursal que hubiere descubierto este hecho, por una parte el deber de incorporarlo a la lista de acreedores y, por otra, el deber de cumplimentar —en caso de suspensión de facultades del deudor— las declaraciones o autoliquidaciones que debieron haber sido presentadas por el deudor concursado. En caso de intervención esta obligación continúan siendo del deudor.

⁸ En cuanto a los créditos de Derecho público, en un principio la Ley Concursal consideró, como regla general, que los créditos públicos que resultasen de la actuación inspectora de la Administración Pública, aún cuando fueren conocidos tardíamente o no comunicados oportunamente, se exceptuaba de la calificación de subordinado. La cuestión controvertida se plantaba con respecto a aquellos créditos públicos cuya existencia no podía ser puesta en conocimiento del concurso antes de la confección de lista de acreedores por que su existencia estaba pendiente de procedimientos de comprobación o de inspección. Para solventar esta duda, se hizo necesario, en esta materia, la modificación del artículo 87.2 LC mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que incorporó la solución a esta cuestión al disponer que: *«los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les correspondan con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía»*. La misma solución de reconocimiento de crédito contingente se daría en aquellos supuestos en que la Administración no pueda liquidar la deuda por haber mediado denuncia o querrela, pues en estos casos, al tenerse que suspender el procedimiento administrativo de acuerdo con el artículo 180 LGT y al igual que para el caso anterior, se reconocerán dichos créditos como contingentes hasta su reconocimiento definitivo por sentencia judicial. Esta solución esta en sintonía con lo preceptuado en el artículo 97 LC que permite la modificación de los textos definitivos cuando después de la presentación de los mismos se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal.

⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (AC 2008, 810) y 23 de mayo de 2007 (AC 2008, 405); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007, 368562); y sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 23 de enero de 2009 (JUR 2009, 129238).

¹⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 27 de febrero de 2006 (AC 2006, 128); del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 406); Del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 59).

¹¹ FRIGOLA RIERA, A., en Reconocimientos... *cit.*, p. 2514.

¹² Así, la Ley 38/2011 admite la posibilidad de reconocer como créditos concursales: 1. Aquellos que hayan sido comunicados hasta la presentación de los textos definitivos (*ex art. 96 bis apartado 1 LC*), si bien con efectos sobre su calificación ya que se reconocerán como créditos subordinados, salvo que el acreedor justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia; 2. Se contempla la posibilidad de modificar la lista definitiva de acreedores concursales surgida después del trámite de impugnación previsto en el artículo 96 LC, permitiendo el reconocimiento de nuevos créditos ignorados hasta entonces; 3. El apartado 3 del artículo 97 LC incorpora algunos supuestos de reconocimiento de nuevos créditos concursales posteriores a la presentación de los textos definitivos: a) cuando se ponga de manifiesto en virtud del inicio de un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos; b) cuando se pongan de manifiesto en virtud del inicio de un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal; 4. El artículo 92.1.º LC permite, asimismo, el reconocimiento de créditos concursales aun cuando su comunicación no se haya llevado a cabo sino con la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores concursales, por lo que será el juez quien podrá acordar la inclusión en la lista de acreedores concursales del crédito impugnado. Por lo tanto, la Ley Concursal atribuye, en primer lugar, a la Administración concursal la competencia para decidir sobre la inclusión o la exclusión en la lista de acreedores de todos los créditos que ha sido puesto de manifiesto en el concurso por cualquiera de las vías previstas en la Ley. La decisión deberá tomarse por aquella en base a los documentos relativos al crédito que obren en su poder, cotejando la documentación remitida por acreedor o que por cualquier otro medio haya llegado a su poder, con los datos que obren en el concurso, y valorado su coherencia y su legitimidad. Para ello, la Administración concursal podrá utilizar los medios que considere adecuados con el fin de confirmar la existencia de tales créditos. Quienes no estén de acuerdo con la inclusión o la exclusión, la cuantificación o la calificación de los créditos siempre tendrán en su mano la posibilidad de la impugnación por la vía del incidente concursal (art. 96 LC).

¹³ FRIGOLA RIERA, A., en Reconocimiento... *cit.*, p. 2518.

¹⁴ Sin embargo, la incertidumbre que pende sobre su existencia final aconseja que se adopten determinadas previsiones en atención a la posibilidad de que la condición resolutoria se vea finalmente cumplida. En este sentido, el artículo 87.1 LC dispone que tales créditos sea reconocidos con atribución a sus titulares de la totalidad de los derechos que la Ley Concursal concede a los acreedores concursales y, por lo tanto, el acreedor concursal titular de un crédito sometido a condición resolutoria gozará de los mismos derechos que cualquier otro acreedor concursal y, en consecuencia, tendrá los derechos de adhesión y de voto a propuestas de convenio, de cobro de su crédito, etc. Por el contrario, si la condición se cumple la ley dispone que *«podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en el que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo»* (art. 87.1 LC). Ello supondría la anulación de todos aquellos actos en que hubiera intervenido el acreedor bajo condición resolutoria. Pero para que esto suceda será necesario —como pone de manifiesto FRIGOLA RIERA— que se den dos requisitos: 1. Que en el acto o decisión haya intervenido, adherido o votado el acreedor titular del crédito bajo condición resolutoria; y 2. Que la actuación, adhesión o voto del acreedor titular bajo condición resolutoria haya sido decisiva. Por lo tanto, como los actos que realizan los acreedores bajo condición resolutoria están sometido a una cierta fragilidad y dada la trascendencia que puede derivarse de la actuación de aquellos ya que pueden condicionar la esencia del concurso, es por lo que el legislador, previendo esta situación, dota al juez del concurso para que, a petición de parte, si lo considera oportuno acuerde las medidas cautelares que crea pertinente (art. 87.4 LC), y

todo ello sin perjuicio de que de que cumplida la condición el acreedor restituya las cantidades percibidas a cuenta de su crédito a la masa activa (art. 87.1 LC).

¹⁵ BERCOVITZ, R., en *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid 2004, pp. 1027-1028.

¹⁶ Así lo considera la doctrina que afirma que: «el acreedor también podrá solicitar de juez del concurso cualquier otra medida que considere idónea para asegurar su pretensión cuando sea probable la verificación de la condición (art. 87.4. Entre ellas podría incluirse la autorización para votar en junta o adherirse a la propuesta anticipada de convenio» ROJO, A., y BELTRÁN, E., en *Comentario de la Ley de competencia desleal*; Civitas; Madrid (2004); p. 1567.

¹⁷ Normalmente partían para sostener esta interpretación de que había créditos que debían ser incluidos necesariamente por la Administración concursal pues así lo disponía la Ley. Como ejemplo de ellos se señalaban a los créditos de los trabajadores de la entidad concursada, los créditos reconocidos por sentencia, entre otros. SASTRE PAPIOL, SEBASTIÁN, en los *Comentarios a la Ley Concursal*, AAVV, coordinada por J. M. Sagrera Tizón y otros, tomo 2, p. 1068.

¹⁸ SAP Sección 28 de Madrid de 22 de febrero de 2007: «Todos los acreedores deben de insinuar sus créditos en el plazo de un mes (...). No están exentos de atender a este llamamiento los acreedores laborales de la entidad concursada, si bien el legislador (...) impone a la administración concursal, reciban o no solicitud al efecto, la obligación de incluir en la lista de acreedores los créditos de los trabajadores cuya existencia resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. En el mismo sentido, la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007 (Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique GARCÍA GARCÍA) considera que el crédito para que sea reconocido es preciso que previamente sea conocido, ya sea porque exista constancia del mismo en el concurso por cualquier razón, ya porque esta constancia derive de la comunicación efectuada por el propio acreedor. Con similares argumentos se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid de fecha de 17 de septiembre de 2007 (Ilmo. Sr. D. Antoni FRIGOLA RIERA) que considera que también soporta la carga de comunicar aquellos cuyos sus créditos hayan sido reconocido por sentencia: «(...) los titulares de créditos reconocidos en sentencias también soportan la carga de comunicar sus créditos».

¹⁹ GARRIDO, J. M.², en *Tratado de las preferencias...*, *cit.*, p. 651.

²⁰ Donde eran los síndicos quienes elaboraban la propuesta de reconocimiento y graduación de los créditos y la junta de acreedores, convocada con carácter especial para el examen y reconocimiento o para la graduación de los créditos, deliberaba sobre aquella y en su caso la aprobaba siendo, posteriormente, aprobado el acuerdo por Auto judicial.

²¹ La Ley, en su originaria redacción, otorgaba a los acreedores el plazo de un mes desde la última de las publicaciones obligatorias para comunicar a la administración concursal la existencia de sus créditos. Pero, aunque pareciera que el plazo es a todas luces esencial de tal manera que transcurrido no se podría modificar la lista de acreedores, y sin perjuicio de su posible prórroga al amparo del artículo 74.2 o de los casos de la reducción del plazo en el procedimiento abreviado de acuerdo con el artículo 191, el concurso no finaliza transcurrido dicho plazo ya que la administración concursal tiene dos meses desde que se produzca la aceptación del cargo de dos administradores para la presentación del informe que debe aportar al Juzgado, como documento unido, a la lista de acreedores y, en consecuencia, materialmente es posible comunicar a la administración concursal la existencia de créditos con posterioridad al transcurso de un mes fijado por los artículos 21.1.5.º y 85.1.

²² ALONSO LEDESMA, C. en *Derecho concursal*, AAVV dirigido por García Valverde y otros, Madrid, 2003, p. 390.

²³ VILLORIA RIVERO, I., en ¿Tiene la administración concursal obligación de reconocer determinados créditos, aun cuando su titular no los haya comunicado en tiempo y forma?, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, p. 312.

²⁴ Sin embargo, la reforma operada por el Real Decreto-ley de 2009 supuso una modificación con arreglo a la calificación de subordinados, ya que introdujo en el artículo 87.2

la salvedad respecto a los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas que resultaren de procesos de la comprobación o inspección, imposibilitando su subordinación tardía «Por el contrario, los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta la cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Igualmente, en caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia».

²⁵ El artículo 95.1.1.º LC, en su redacción original, imponía a la administración concursal la comunicación personal a los interesados cuyos créditos hubiese sido excluido por cuantía inferior a la comunicada o con calificación distinta a la pretendida indicándoles estas circunstancias. Además, la norma disponía que debían señalarles un plazo de diez días desde su recibo para formular las reclamaciones que tuvieren por conveniente. Al señalar el plazo para recurrir el artículo 96.1 de la LC se olvidó de lo que decía el apartado 1 del artículo anterior y fijaba el *dies a quo* en relación con la comunicación del apartado 1 del artículo 95, que a su vez se remitía el artículo 23, en el que se regulaban pluralidad de comunicaciones mediante anuncios y edictos... En la redacción dada al artículo 96.1 LC por el Real Decreto-ley 3/2009, el artículo 96 LC dispone: «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». A su vez, el artículo 95.2, tras la supresión del apartado 1 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, dispone: «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 notificación y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de juzgado. 3. El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privado».

²⁶ Sentencia de la Sección 8 de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de octubre de 2007 (Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio SOLER PASCUAL).

²⁷ YANES YANES, en Comentarios..., *cit.*, p. 3403. En este mismo sentido se manifiestan la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 13 de abril de 2007; la sentencia de 31 de julio de 2007, también del mismo juzgado y la sentencia de 9 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz. Por el contrario, otras resoluciones sostienen que se trata de dos supuestos distintos, así la sentencia de 25 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga y la sentencia de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de La Coruña de 12 de febrero de 2008. En todas ellas los identifican y asimilan a los créditos extemporáneos.

²⁸ ETXARANDIO HERRERA CUEVAS, Edorta., en Sobre la posibilidad de plantear expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores, pretensiones de modificación del contenido de la misma, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7-8, año 2007, pp. 209 y sigs.; GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALÉNTÍN-GAMAZO, en Algunas cuestiones... *cit.*, pp. 248 y 249.

²⁹ Este fue el criterio seguido en el II Congreso Mercantil donde mayoritariamente se defendió la tesis de que «a los efectos del concurso el crédito extemporáneo ha desaparecido, y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso». Se decía que una cosa es que los créditos extemporáneos, por efecto de la preclusión, no puedan ser reconocidos e introducidos como tales créditos en la lista, y otra que ese crédito, por el hecho de que no haya sido comunicado en tiempo, quede extinguido.

³⁰ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, p. 248.

³¹ Esta fue la solución que mantuvo la sentencia de 25 de marzo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona (Ilmo. Sr. Luis Rodríguez Vega).

³² VILARUBIAS, FELIO, en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, p. 4797.

³³ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, pp. 250-251.

³⁴ REVILLA MANCHÓN, F., en El fraude a los principios concursales, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9/2006 pp. 203 y sigs.

³⁵ En este sentido se manifiesta la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007.

³⁶ Fue la tesis propugnada en el II Congreso de Derecho Mercantil.

³⁷ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, p. 252 opinan que esta solución no esta exenta de crítica: 1) La Ley Concursal no regula un trámite singular de reconocimiento de créditos comunicados extemporáneamente; 2) Pero si se admite esta posibilidad y se acepta que pueda realizarse dentro del concurso, no se ve la razón para que no puedan ser reconocidos o rechazados por la administración concursal siguiendo los mismos trámites que con los créditos comunicados en tiempo, y solo en caso de rechazo tendría justificación acudir al litigio; 3) En este caso, es al deudor y no a una supuesta masa pasiva a quien afectaría la reclamación, por lo que deberá este oponerse o no al reconocimiento del crédito y quien podrá oponerse a los efectos del convenio, a tenor del artículo 178.1 LC; 4) No parece muy convincente la posibilidad de sentencias con eficacia condicionada ni que el juez del concurso deba ganar competencia funcional para la ejecución de sentencias una vez finalizado el concurso y fuera de él.

³⁸ VEIGA COPO, A., en *La verificación de créditos en el concurso*, 2009, p. 503.

³⁹ SAP de Pontevedra de 4 de diciembre de 2008 (AC 2009, 1911).

⁴⁰ MARTÍN ARESTI, P., *Garantías personales...*, p. 1611.

⁴¹ CORDERO LOBATO, E., *Comentarios a la Ley Concursal* [Coord. R. Bercovitz], vol. 1, 2004, p. 1034; CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía...*, 3.^a ed. 2009, pp. 316-317.

⁴² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 de junio de 2010 (AC 2010, 1081) y SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2010, 47923).

⁴³ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Comentarios de la Ley Concursal* [A. Rojo y E. Beltrán, dir.], I, 2004, pp. 1570-1571.

⁴⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, A. M.^a: La formación de la masa pasiva. *Derecho Concursal*, 2012, p. 375 considera que: «Si nos encontramos ante el supuesto de que la deuda del concursado esté afianzado por tercero, el crédito se ha de reconocer al acreedor por su importe, y sin limitación alguna...Por otra parte, procede precisar que antes de la ejecución de los avales (tales como avales con cuenta especial, pólizas de afianzamiento), el avalista no tiene crédito concursal, ni siquiera contingente».

⁴⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988 ([RJ 1988, 1985] y 11 de junio de 1984 [RJ 1984, 3227]) seguida por las Audiencias Provinciales (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, de 27 de marzo de 2001 [JUR 2001, 179016]; de Cádiz, Sección 8.^a, de 21 de marzo de 2003 [AC 2003, 2047]; y de Cáceres, Sección 1.^a, de 28 de junio de 2003).

⁴⁶ En contra, MARTÍN ARESTI, P., *Las previsiones de la Ley Concursal...*, *cit.*, p. 2934. Indica por su parte CARRASCO PERERA: «En realidad, la norma no es privativa de la fianza, ni tampoco del pago postconcursal. El precepto es mucho más genérico. Viene a significar que, aunque un acreedor tenga un deudor de refuerzo, puede insinuar por el todo su crédito en el concurso del otro codeudor. Sea este deudor principal afianzado o un codeudor solidario. Tampoco importa si el codeudor está o no concursado, si es solidario o no». CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía...*, *cit.*, p. 239.

⁴⁷ Similar al artículo 128.1.d) del Decreto Ley número 53/2004, de 18 de marzo portugués.

⁴⁸ De «participación contemplativa» habla PERDICES HUETOS, para el fiador, en Fianza y concurso..., *cit.*, p. 25.

⁴⁹ Describe la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 24 de febrero de 2006 (AC 2006, 298): «Esta circunstancia, que la administración concursal y la concursada discuten, no supone repetir en la lista dos créditos, como se aduce. Hay uno, existente, que se reconoce al Banco, por el préstamo concedido. Hay otro, contingente, para el caso de que los sucesivos vencimientos del préstamo no se atiendan. Cuando la sociedad de garantía recíproca, en su condición avalista, atiende el préstamo fuera del concurso, se subroga en la posición del acreedor satisfecho y se convierte en acreedora de la concursada. El crédito contingente deja de serlo, y lo hace en la cuantía de cada uno de los pagos que verifique (...). Como además ya se está en condiciones de admitir que el crédito contingente ha dejado de serlo y adquiere certeza respecto de las cuantías efectivamente satisfechas por el promotor del incidente, la demanda debe ser estimada e incluirse los créditos en la lista en la forma que se solicita (...), en tanto sean acreditadas suficientemente a la administración concursal, que al tiempo deberá ir disminuyendo la que corresponde al banco, ya que ha percibido el pago no del concursado, sino del avalista, y por lo tanto nada podrá reclamar por ese concepto a la deudora concursada (...). Precisamente por ser el crédito (...) contingente, tiene que declararse «sin cuantía propia», al objeto de conjurar el riesgo, denunciado por la administración concursal, de que se duplique en ese concepto la masa pasiva...».

⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., El tratamiento de las garantías personales..., *cit.*, pp. 132-133.

⁵¹ Si es con anterioridad deberá ser el fiador quien comunique el crédito. CORDERO LOBATO: Comentarios al artículo 87..., *cit.*, p. 1031.

⁵² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y MARÍN LÓPEZ: Tratado de los derechos de garantía, *cit.*, p. 258 y QUICIOS MOLINA, S., Comentarios al artículo 160 de la LC, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 2004, p. 1732.

⁵³ Indudablemente si el pago es íntegro preconcursal, el fiador que gozase de un derecho de reembolso o acción de regreso contra el deudor principal será el único legitimado para comunicar e instar el reconocimiento de su crédito en el procedimiento concursal.

⁵⁴ Artículo 1839 del Código Civil: «El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor».

⁵⁵ Si el pago es anterior y total su reconocimiento seguirá el trámite de cualquier otro crédito, esta vez a favor del pagador acreedor actual al momento de la apertura del procedimiento concursal. Si es anterior y parcial, seguirá lo establecido en el artículo 87.7 LC.

⁵⁶ En este sentido, MASSAMORMILE, A.P.: Il regresso del fideiussore nel fallimento del debitore principale, *Diritto e Giurisprudenza*, p. 367; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, Padova, 1992, p. 259 y ALONSO SÁNCHEZ, B.: Derecho concursal y fianza, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 51-54. En contra, DI LAURO: Ancora sulla sorte del credito di regresso del fideiussore nel fallimento del debitore garantito, *Diritto Fallimentare*, 2003, p. 518.

⁵⁷ Circunstancia que podría provocar la aplicación del artículo 1852 del Código Civil, pues, es claro que tal acción del acreedor perjudicaría la subrogación del fiador. Artículo 1852: «Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo».

⁵⁸ CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, *cit.*, pp. 254-255.

⁵⁹ En este sentido, MASSAMORMILE, A.P.: Il regresso del fideiussore..., *cit.*, p. 400.

⁶⁰ SATTA, S.: *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Roma, 1964, p. 163.

⁶¹ Se trata, señala certeramente CARRASCO PERERA, de una disputa sin término posible de acuerdo, pues se construye dogmáticamente sobre el dilema de si el crédito del artículo 1838 del Código Civil es un crédito condicional antes del pago por el fiador. CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, *cit.*, p. 254.

⁶² PULGAR EZQUERRA: El tratamiento de las garantías personales en la nueva Legislación Concursal, *cit.*, p. 137 y BERMEJO GUTIÉRREZ, Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, p. 1570. Aún así, admite la existencia de una comunicación cautelar del crédito condicionado o contingente del fiador para el caso de que no procediese a la comunicación el acreedor principal.

⁶³ En este sentido, PENDÓN MELÉNDEZ en Cuestiones en materia de fianza y concurso..., *cit.*, pp. 308-3049 y MARTÍN ARESTI: Las previsiones de la Ley Concursal en materia de fianzas..., *cit.*, pp. 2929-2930.

⁶⁴ VACARRELLA, R.: La solidarietà pasiva nel fallimento, *Diritto Fallimentare*, 1976, p. 54, nota 19 y CORDERO LOBATO: Comentarios al artículo 87 LC, *cit.*, p. 1034.

⁶⁵ MASSAMORMILE, A.P.: Il regresso del fideiussore nel fallimento, p. 367. En sentido contrario, DI GRAVIO, D.: Il fideiussore escuso dopo il fallimento del debitore e la ragione della sua esclusione del passivo, *Diritto Fallimentare*, 1982, pp. 182-184. En nuestra doctrina, PERDICES HUETOS: Fianza y concurso..., *cit.*, p. 54.

⁶⁶ De esta misma manera ya se había pronunciado la SAP de Pontevedra de 4 de diciembre de 2008 (AC 2009, 191).

⁶⁷ Siempre con la necesaria aceptación del acreedor que no tiene porque verse compelido a soportar un pago parcial de su crédito: «A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación» (art. 1169.1 del Código Civil).

⁶⁸ Esta circunstancia no debe interferir en la facultad establecida en el artículo 87.7 LC «A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda», ni en la preferencia recogida en el artículo 160 LC «El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este». El dato de que la fianza sea meramente parcial es irrelevante, ya que el artículo 87.7 no distingue entre si el pago parcial proviene del cumplimiento parcial del fiador que garantiza la totalidad de la deuda o del pago total que hace el fiador que garantiza solo una parte de la deuda.

⁶⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ: Tratado..., *cit.*, p. 264.

⁷⁰ El artículo 1213 del Código Civil contempla un específico supuesto de hecho cual es la subrogación parcial de un tercero en el crédito por razón de un pago parcial, y establece también una específica consecuencia jurídica, a saber: el reconocimiento de un derecho de preferencia a favor del acreedor parcialmente satisfecho frente al subrogado en cuanto a su derecho por la parte restante. ARNAU RAVENTÓS, L.: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil*, Madrid, 2001.

⁷¹ BONSIGNORI: Il fallimento. IX, *cit.*, pp. 409-410; FERRARA y BORGIOLI: Il Fallimento, *cit.*, pp. 366-368 y BERMEJO GUTIÉRREZ, Créditos y quiebra, *cit.*, pp. 203-204.

⁷² MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...*, p. 1617, 2012.

⁷³ ALONSO LEDESMA, C., Comentarios al artículo 160 LC, en *Comentarios a la Legislación Concursal. II*, dirigida por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, Madrid, 2005, pp. 1396-1397.

⁷⁴ PULGAR EZQUERRA, J.: El tratamiento de las garantías personales..., *cit.*, p. 140.

⁷⁵ Puede parecer que el artículo 87.7 LC reitera lo establecido en el artículo 160 LC; no obstante, como ha señalado PERDICES HUETOS, «... el artículo 87.7 va mucho más allá que el artículo 160 LC. Así, de un lado, la norma del artículo 160 LC es de aplicación solo en sede de liquidación, de modo que por ejemplo, y de no existir el artículo 87.7 LC, el acreedor principal no tendría a su favor la totalidad del crédito comunicado en sede de

convenio...». PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, cit., p. 28. En este sentido la sentencia de Juzgado de lo Mercantil Vizcaya, Bilbao, núm. 93/2006 (Núm. 1), de 24 febrero (AC 2006, 139): «El fiador que paga por el deudor dispone de dos acciones para resarcirse. El artículo 1838 del Código Civil permite una acción de reembolso que comprende el principal, intereses, gastos y daños y perjuicios, y el artículo 1839 la acción de subrogación que le coloca en el lugar, y con las garantías, del acreedor al que ha satisfecho».

⁷⁶ Como ha destacado CARRASCO PERERA, «No es que el acreedor insinúe como propio el resto de su crédito y luego se «haga designar» en su favor el crédito de regreso parcial insinuado por el deudor de refuerzo. Al contrario, parece que el acreedor incluirá a su favor en la lista de acreedores el crédito por reembolso o por cuota de solidaridad». CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía...*, cit., p. 244. Señala VALPUESTA GASTAMINZA que el fiador aparecerá como titular del crédito de reembolso, con lo que el artículo 87.7 LC queda reducido a una suerte de insinuación forzosa del garante por parte del acreedor principal. VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios al artículo 87 LC*, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por FAUSTINO CORDÓN MORENO, Pamplona, 2004, p. 697.

⁷⁷ Aunque el artículo 87.7 LC habla solo de «crédito de reembolso o cuota de solidaridad» (recogidos con carácter general en los artículos 1158 y 1838 del Código Civil) nada nos impide considerar igualmente el supuesto de subrogación (arts. 1210 y 1839 del Código Civil). En este sentido, PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso...*, cit., p. 32.

⁷⁸ Entiende CARRASCO PERERA que el acreedor principal no podrá apropiarse de los créditos de reembolso de los codeudores o garantes si no ha comunicado su crédito parcialmente impagado, pues al no haber sido reconocido en el concurso no figurará como acreedor concursal y no podrá efectuar la facultad del 87.7 LC. CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, cit., p. 248. No lo entendemos así. El acreedor principal no ve limitada la facultad prevista en el artículo 87.7 LC al supuesto en el que ha pedido el reconocimiento de su crédito (por el resto) parcialmente impagado. Muy al contrario, se le habilitan varias vías y la lógica hará que tome la decisión que le sea más beneficiosa, por ejemplo, ejercitar su opción del artículo 87.7 LC al estar el crédito del garante garantizado con garantía real y solicitar el resto de su derecho de crédito, extraconcursalmente, al propio fiador o avalista. Lo que puede que no impida que se reconozca su crédito impagado por el resto a instancias del garante (art. 85.2).

⁷⁹ Cabría, asimismo, que tanto garante como acreedor principal comunicaran el crédito de reembolso, a su propio nombre, en cuyo caso un mismo crédito estaría reconocido dos veces en el concurso. En tal caso, deben ser los administradores concursales los que deban atribuir la calificación apropiada a los mismos, haciendo inscribir y reconociendo el del garante, en su caso, como crédito suspensivamente condicionado. CORDERO LOBATO: *Comentarios al artículo 87 de la LC*, cit., p. 1037.

⁸⁰ Circunstancia que deberá ser comunicada al garante según dispone el artículo 95 LC: «La administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal, por cualquier medio que acredite su recibo, a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o calificación distinta a las pretendidas, indicándoles estas circunstancias y señalándoles un plazo de diez días desde su recibo para que formulen las reclamaciones que tenga por conveniente».

⁸¹ Señalan el carácter de crédito condicional, si bien, no terminan de admitirla, bien por el hecho de que el crédito del garante es actual o bien porque verdaderamente no depende de un hecho incierto, PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso...*, cit., p. 32, nota 16 y BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 204, nota 79.

⁸² Ambas en CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, cit., p. 244.

⁸³ CORDERO LOBATO, E., «Comentarios al artículo 87 de la LC», cit., pp. 1035-1036.

⁸⁴ Incluso, habría que señalar, aun cuando el acreedor principal no haya hecho valer la facultad que le proporciona el artículo 87.7 LC de «incluir a su favor» el crédito de regreso,

pero sí lo haya incluido el garante o codeudor solidario. «Si el deudor de refuerzo, señala CARRASCO PERERA, comunicó a su nombre el crédito de reembolso, el crédito estará reconocido con su propio rango y calificación, y la titularidad del mismo durante el concurso habrá pertenecido al garante o codeudor. Mas a pesar de ello, el acreedor puede exigir a los administradores concursales que el pago final se le haga a él y no al verdadero acreedor concursal reconocido (garante o codeudor), como podría hacerlo el titular de cualquier otra acción directa». CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 251.

⁸⁵ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., Comentarios al artículo 87 de la LC, en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por ROJO/BELTRÁN, Madrid, 2004, p. 1575.

⁸⁶ Al margen de que, como destaca CORDERO LOBATO, «la consecuencia sería no solo que el acreedor sería preferido al deudor solidario o al garante personal *solvens* sino, además, que el ejercicio en forma subrogatoria del crédito de estos sujetos habría supuesto la extinción de estos créditos en beneficio del acreedor, sin que, por tanto, aquellos pudieran disponer de la acción de reembolso para su propio beneficio, lo que solo debe admitirse dentro de los márgenes permitidos por el artículo 1111 del Código Civil». CORDERO LOBATO: Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, p. 1035.

⁸⁷ PERDICES HUETOS: Fianza y concurso..., *cit.*, p. 28; CORDERO LOBATO, E., «Comentarios al artículo 87 de la LC», *cit.*, p. 1036 y CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, pp. 245-246.

⁸⁸ En este sentido, CORDERO LOBATO, E.: Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, pp. 1036-1038, a la que sigue CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 251.

⁸⁹ PERDICES HUETOS: Fianza y concurso..., *cit.*, p. 30 y CORDERO LOBATO, E.: Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, p. 1037.

⁹⁰ MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...* pp. 1617-1619.

⁹¹ Sin embargo, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en *Comentarios de la Ley Concursal*, I (art. 87), p. 1575, sostiene la opinión de que el acreedor solo podrá participar con su crédito.

⁹² CARRASCO PERERA, A., en Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 30.

⁹³ CORDERO LOBATO, en *Comentarios de la Ley Concursal*, vol. 1, (art. 87), pp. 1035-1036, considera sin embargo que el reconocimiento de créditos no debe superar el límite de la cantidad que se adeuda.

⁹⁴ CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. 1, pp. 1037-1038.

⁹⁵ Propone CARRASCO PERERA, A., en Los derechos de garantía... *cit.*, p. 309, 3.º ed., Madrid, 2009 que el acreedor haga valer su preferencia a través de un incidente concursal.

⁹⁶ Esta es la posición de CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (art. 87 LC), pp. 1035-1036, si bien otros como CARRASCO PERERA, A. en Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 305 y YANES YANES, P. en *Comentarios a la Legislación concursal*, p. 892 consideran que estaríamos ante una titularidad fiduciaria.

⁹⁷ MARTÍN ARESTI, P. en *Garantías personales...*, *cit.*, p. 1620, 2012.

⁹⁸ CARRASCO PERERA, A., en Los derechos de garantía..., *cit.*

⁹⁹ MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...*, *cit.*, p. 1620, 2012.

¹⁰⁰ De «sustitución» y no subrogación habla PENDÓN MELÉNDEZ en Cuestiones en materia de fianza y concurso..., *cit.*, pp. 3049-3050. Plantea la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 24 de febrero de 2006 (AC 2006, 298) el problema de la calificación del crédito del garante en el caso de que opte por la acción de reembolso y no por la de subrogación manifestándose en los siguientes términos: «() Sin embargo aunque el devengo de vencimientos del préstamo se produzca después de la declaración de concurso, no puede considerarse como un gasto generado para el ejercicio de la actividad empresarial, porque no nace como consecuencia de la misma, o para asegurar su continuidad, sino como concreción de una obligación adquirida con anterioridad a la declaración de concurso. Tampoco sería de aplicación el artículo 84.2.º LC, ya que el préstamo no tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en vigor tras la declaración de concurso. (...) En consecuencia si el fiador pretende el reembolso de las cantidades abonadas al acreedor, su crédito no puede calificarse de crédito contra la masa, porque no se puede incluir en ninguno de los supuestos

del artículo 84.2, de interpretación restrictiva porque suponen un privilegio. Si lo que pretende el fiador es subrogarse en la posición del acreedor primitivo, que es la otra opción que facilita el artículo 1839 del Código Civil y el contrato suscrito entre la sociedad de garantía recíproca y la concursada, el crédito merecerá la calificación que tendría el del acreedor al que se abona. Sería de aplicación en consecuencia el citado artículo 61.1 LC, lo que significa que el crédito se incluirá en la masa pasiva del concurso, y en tanto que no es un crédito contra la masa, tendrá naturaleza concursal. (...) En efecto, el artículo 84.2 no exige que el crédito concursal tenga que concretarse, forzosamente, con posterioridad a la declaración de concurso. (...) Si el crédito... no es frente a la masa, si la obligación se adquiere antes de la declaración de concurso, aunque como es propio del préstamo se aplacen el reintegro en varios vencimientos, puede justificarse un tratamiento unitario de todo él, y como ha hecho la administración concursal calificar el crédito del banco como crédito concursal por la totalidad de lo que se adeuda, aunque todas las obligaciones no estén vencidas».

¹⁰¹ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en *Créditos y quiebra*, cit., p. 207.

¹⁰² MARTIN ARESTI, P., en *Garantías personales...*, cit., pp. 1620-1621 dice: «la regla de calificación del artículo 87.6 LC debe aplicarse teniendo en cuenta el carácter fragmentario del pago al acreedor, de forma que el resto del crédito no satisfecho a este último no podrá quedar afectado por la calificación que (de su calificación) resulte para el crédito del garante, y que será la menos gravosa para el concurso de las que corresponda al acreedor o al garante. Igualmente ha de respetarse aquí la preferencia de cobro derivada del artículo 1213 del Código Civil que, aunque no reconocida expresamente en caso de pago parcial postconcursal, ha de resultar de una aplicación analógica del artículo 160 LC. A diferencia de lo que sucede en el caso del pago parcial preconcursal, en el caso aquí contemplado el artículo 87.6 LC impide que el acreedor ejerza su preferencia de cobro con apoyo en un crédito del garante o del obligado solidario de mayor rango que el suyo propio. En efecto, la aplicación de la regla de calificación de la citada disposición arrojará como resultado un crédito del garante o del deudor solidario calificado con igual o peor rango que el del crédito del acreedor, pero nunca con rango mayor».

¹⁰³ El carácter simultáneo no hace referencia al caso previsto en el artículo 3.5 LC y la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores. En este sentido, CORDERO LOBATO, E.: *Comentarios al artículo 85 de la LC*, cit., p. 1013.

Constituye una norma idéntica al artículo 61 de la *Legge Fallimentare* italiana.

¹⁰⁴ Si bien, en estos casos, es posible que la cuantía por la que el acreedor se insinúe en cada uno de ellos sea distinta, especialmente en consideración a los intereses. CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, cit., p. 236.

¹⁰⁵ Precepto similar al establecido en la Ley Concursal portuguesa 53/2004, de 18 de marzo en su artículo 95.1: «El acreedor puede concurrir por la totalidad de su crédito a cada una de las diferentes masas insolventes de deudores solidarios y garantes, sin embargo, la suma de las cuantías que puede recibir de todas ellas, no podrá exceder la cuantía del crédito». Así, QUICIOS MOLINA, S.: *Comentarios al artículo 161 de la LC*, cit., p. 1734 y CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pp. 232-233. Este último extiende la aplicación subjetiva del precepto a los casos en que la ley ha impuesto una responsabilidad solidaria extracontractual, y a quien ha ostentado una determinada posición de garante en el nacimiento e incumplimiento de una responsabilidad directa (contractual o extracontractual) de un tercero (por ejemplo, artículos 127 del Código de Comercio, 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas o 172.3 de la LC).

¹⁰⁶ En sentido contrario, CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 233.

¹⁰⁷ Algún problema podrá plantear la exigencia de la «certificación acreditativa de lo percibido» en los distintos concursos. A veces se ha hecho mención del carácter innecesario del párrafo segundo del artículo 161 LC por la duplicidad que se produce cuando se obliga a la administración concursal a entregar una certificación de pago y, acto seguido, debe comunicar el pago al resto de concursos. Incluso, en algún caso se ha llegado a equiparar a

dicha certificación con un título valor que debe presentarse al cobro, pues en caso contrario, el deudor puede denegar la entrega. QUICIOS MOLINA, S.: Comentarios al artículo 161 de la LC, *cit.*, p. 1737 y PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso.*, *cit.*, p. 45.

¹⁰⁸ BERMEJO GUTIÉRREZ: *Créditos y quiebra*, *cit.*, pp. 201-203.

¹⁰⁹ RAMÍREZ: *La quiebra. II*, *cit.*, pp. 276-277, nota. 233. Lógicamente, tal y como señala CARRASCO PERERA, «...no debe existir objeción al pacto por el que el acreedor acepta subrogar (parcialmente) al codeudor pagador en su crédito parcialmente pagado durante el concurso. Al concurso le debe dar igual, en principio, que el acreedor se insinúe por 100 o que se insinúe por 40, haciendo cesión del 40 restante a un codeudor o garante que le pagó parcialmente después del concurso». CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, *cit.*, p. 230, nota. 10.

¹¹⁰ FERRARA, J. R. y BORGIOI, A., *Il Fallimento*, Milano, 1995, p. 365 y RAGO: «La solidarietà pasiva nella Legge Fallimentare», *Il Diritto Fallimentare*, 2003, pp. 973-974.

¹¹¹ En este sentido, siguiendo a la doctrina italiana representada por FERRARA, J.R., y BORGIOI, A.: *Il Fallimento*, *cit.*, pp. 365-367 y BONSIGNORI, A.: *Il fallimento, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, vol. IX, Padova, 1986, p. 409, BERMEJO GUTIÉRREZ: *Créditos y quiebra*, *cit.*, pp. 203-204, a la que sigue, CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, *cit.*, pp. 231-232.

¹¹² «El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito» (art. 1213 del Código Civil).

¹¹³ FERRARA, J.R., y BORGIOI, A.: *Il Fallimento*, *cit.*, pp. 366-368.

¹¹⁴ Lo que no debería impedir, destaca CARRASCO PERERA, la existencia de un pacto por el que el acreedor acepta subrogar (parcialmente) al codeudor pagador en su crédito parcialmente pagado durante el concurso, pues a este no le debe importar quien se insinúa como acreedor, siempre que lo sea hasta el límite de la cantidad debida. CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 230, nota 10.

¹¹⁵ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., opina en Comentarios..., *cit.*, p. 1533 que puede tratarse del concurso del garante y su deudor, o del concurso de varios cofiadores.

¹¹⁶ CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 289.

¹¹⁷ FRIGOLA RIERA, A., en *Reconocimientos...*, p. 2525.

¹¹⁸ «La Ley ha evitado un pronunciamiento expreso sobre la espinosa cuestión de los efectos de la falta de impugnación fuera del concurso. Es claro que la falta de impugnación de la lista de acreedores o del inventario de los bienes y derechos obliga al interesado a pasar por el contenido de estos documentos, con sus correspondientes efectos jurídicos, dentro del concurso. No es inmediatamente evidente, sin embargo, el efecto que la falta de impugnación pueda tener fuera del procedimiento concursal. Aunque el interesado haya perdido la oportunidad de impugnar la lista de acreedores o el inventario, ello debería impedirle combatir los efectos que despliegan estos documentos dentro del concurso, pero no puede concluirse que la pérdida de la posibilidad de impugnación de la lista de acreedores o del inventario equivalga a la falta de recurso de una sentencia declarativa sobre el fondo. Aunque la Ley no haya hecho este extremo, el interesado debe conservar su derecho de acudir a un procedimiento declarativo para que se determine la existencia de sus créditos o de sus derechos sobre los bienes comprendidos en el Inventario» ROJO, A.-BELTRÁN, E., en *Comentarios...*, p. 1722.

(Trabajo enviado el 1-2-2015 y aceptado para su publicación el 15-4-2015)

Validez obligacional y posible eficacia real de la venta de cosa común por uno de los copropietarios*

Sale of the joint-property by one of the co-owners: validity and potential effectiveness in rem

por

JESÚS ESTRUCH ESTRUCH
Catedrático de Derecho Civil
Universitat de València

RESUMEN: El artículo analiza la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios. La doctrina jurisprudencial mayoritaria considera que ese contrato de compraventa es nulo por infracción de los artículos 397 y 1261 del Código Civil. En el estudio se pretenden refutar las razones por las que la jurisprudencia decreta la nulidad de este contrato. Así, se analiza el artículo 397 del Código Civil, su origen, sus precedentes, sus posibles interpretaciones y se llega a la conclusión de que el precepto no debe aplicarse a los actos de disposición jurídica sobre la cosa común. De igual modo, en el trabajo se argumenta que el contrato celebrado por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común, en principio, tiene consentimiento, objeto

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación «Derecho civil valenciano y europeo», GVPROMETEO II/2015/014; y gracias a la ayuda concedida por el Vicerrectorado de Investigación de la Universidad de Valencia para la realización de una estancia de investigación.

y causa. La conclusión a la que se llega en el artículo es que el contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno de los copropietarios es válido obligacionalmente y, si así lo desea el comprador, puede servir de título suficiente para transmitir el derecho de copropiedad que sobre la cosa tuviera el copropietario vendedor.

ABSTRACT: The article analyzes the sale of the common good by one of the co-owners. Mostly the jurisprudence considers that this contract of sale is invalid for the infringement of the arts 397 CC y 1261 CC. In the study, it is intended to refute the reasons why the jurisprudence decrees the nullity of the contract. Thus, the article 397 CC is analyzed, its origin, its precedents, its possible interpretations, and, in this way, it concludes that the provision should not be applied to the acts of legal disposal about the common good. Similarly, in the study is argued that the contract held by one of the co-owners about the common good, in principle, is consented, has object and cause. The conclusion reached by this article is that the contract of sale of the common good held by one of the co-owners is valid contractually and, if so desired by the purchaser, can serve of title deed, capable of transmitting the right of co-ownership left over the common good, that the co-owner seller had.

PALABRAS CLAVE: Copropiedad. Venta de cosa común. Validez obligacional. Limitada eficacia real.

KEY WORDS: *Co-ownership. Sale of the common good. Contractually validity. Limited real effectiveness.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—II. INTERESES IMPLICADOS Y POSIBLES FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MISMOS.—III. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA: 1. LA JURISPRUDENCIA MAYORITARIA: LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL NEGOCIO JURÍDICO REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS. 2. EVOLUCIÓN DE LAS POSICIONES DE LOS AUTORES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS.—IV. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA DECRETAR LA NULIDAD DE LA VENTA DE LA COSA COMÚN REALIZADA POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS Y SU POSIBLE REFUTACIÓN. 1. PRIMER MOTIVO DE NULIDAD: LA ENAJENACIÓN DE LA COSA COMÚN POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS COMO VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO CIVIL. 1.1. *Antecedentes históricos e interpretación del artículo 397 del Código Civil en los primeros comentaristas del Código Civil español.* 1.2. *La interpretación literal del artículo 397 del Código Civil.* 1.3. *La interpretación sistemática del precepto.* 1.4. *La aplicación automática de la sanción de nuli-*

dad absoluta del negocio jurídico por infracción del artículo 397 del Código Civil. 2. SEGUNDO MOTIVO DE NULIDAD: LA FALTA DE CONSENTIMIENTO, OBJETO O CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO DISPOSITIVO REALIZADO POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS SOBRE LA COSA COMÚN.— V. CONCLUSIÓN: VALIDEZ OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA COMÚN REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS Y POSIBLE EFICACIA REAL LIMITADA AL DERECHO DE COPROPIEDAD DEL VENDEDOR.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Dos supuestos de hecho extraídos de sendas sentencias del Tribunal Supremo nos servirán para plantear el problema del que nos ocuparemos en este trabajo, así como para determinar los intereses confrontados.

En el primero de los supuestos, extraído de la STS de 26 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 790), la usufructuaria de la finca y la titular de una de las tres partes indivisas de la nuda propiedad, actuando en su propio y exclusivo nombre y derecho, venden la finca a una sociedad. Posteriormente a la venta, la nuda copropietaria vendedora (actuando en su propio nombre y como mandataria verbal de la usufructuaria) insta notarialmente la resolución del contrato por no haber obtenido el consentimiento de las otras dos nudo copropietarias, a lo que la compradora se opuso. Las vendedoras, junto con las demás nudo copropietarias, instan judicialmente la resolución del contrato. La sociedad compradora reconviene y solicita expresamente que se declare la validez y existencia de la venta respecto del derecho de usufructo y la tercera parte indivisa de la nuda propiedad, que eran los derechos que sobre la finca ostentaban las vendedoras.

En el segundo supuesto, extraído de la STS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589), la copropietaria de siete octavas partes indivisas de varias fincas las vende a una sociedad mediante escritura pública que se inscribe en el Registro de la propiedad. El copropietario de la octava parte restante interpone demanda solicitando que se declare la nulidad o inexistencia de la venta de las fincas. La sociedad compradora solicita que la venta sea declarada válida y eficaz en cuanto a la copropiedad de las siete octavas partes indivisas que eran de la exclusiva titularidad de la vendedora.

En ambos supuestos se puede observar que quienes intervienen en el contrato de compraventa en la posición de parte vendedora son realmente titulares de derechos sobre las fincas que se pretenden transmitir aunque, evidentemente, no pueden transmitir la totalidad de los derechos sobre las fincas por faltar el completo poder dispositivo sobre las mismas. Igualmente tienen en común que el comprador expresamente solicita en el procedimiento que se declare la validez de la venta respecto de los derechos de copropiedad (o, en el primer

caso, también respecto del derecho de usufructo) que indiscutiblemente tenían las vendedoras sobre las fincas objeto de la compraventa.

El problema que va a ocuparnos en las próximas páginas es intentar determinar en estos supuestos, en los que el copropietario ha vendido la cosa común sin el consentimiento de los demás copropietarios¹, si la venta realizada individualmente por el copropietario es válida y va a producir algún efecto o, por el contrario, es nula o inexistente.

Y, si es que se llegara a la conclusión de que la compraventa fuera válida, dado que el comprador solicita expresamente en el curso del proceso que se mantenga la venta y todos sus efectos respecto de los derechos de copropiedad que eran de la exclusiva titularidad del vendedor, si el contrato es título suficiente para transmitir al comprador los derechos que sobre la cosa ostentaba el vendedor o, por el contrario, este o cualquier otro copropietario puede negarse a la producción de este parcial efecto real.

II. INTERESES IMPLICADOS Y POSIBLES FORMAS DE PROTECCIÓN DE LOS MISMOS

En estos casos, en los que uno de los copropietarios vende la cosa de la que es cotitular en copropiedad, existen tres intereses implicados, de los cuales, a nuestro juicio, únicamente dos son merecedores de protección.

En primer lugar, es evidente que hay que proteger el interés del copropietario que no intervino en la venta de la cosa común. Su derecho y su posición jurídica no pueden quedar afectados de ninguna manera por una venta que, evidentemente, es *res inter alios acta*. Es claro que la venta de la cosa que se tiene en copropiedad realizada por uno de los copropietarios no va a afectar al resto de copropietarios, para los que será inoponible. Por lo tanto, el contrato de compraventa no les vinculará de ningún modo y, en consecuencia, se haya producido o no la tradición de la cosa común vendida, conservarán intactos sus derechos sobre la cosa. Evidentemente, el copropietario que no intervino en el contrato continuará siendo copropietario y coposeedor en los mismos términos en los que lo era antes de la compraventa. Es claro que el contrato de compraventa realizado por uno solo de los copropietarios, aun seguido de tradición, no puede transmitir los derechos que sobre la cosa común ostentan los copropietarios que no celebraron ese contrato.

No obstante, la cuestión técnica que hay que determinar es si para conseguir esta justa protección de la posición jurídica del copropietario no vendedor es imprescindible declarar la nulidad del contrato celebrado por otro copropietario o, sin declarar la nulidad, garantizando la inoponibilidad del negocio jurídico frente a los cotitulares que no intervinieron en el mismo, se puede conseguir la misma protección o, incluso, conceder al cotitular no partícipe en el con-

trato de compraventa algunas facultades que no tendría en caso de declarar la nulidad radical de la venta (por ejemplo, poder ejercitar el derecho de retracto sobre la cuota del copropietario vendedor en los restrictivos términos que lo concede nuestro legislador [cfr. art. 1522 en relación con los arts. 1518 y 1524 del Código Civil]).

El segundo interés que debe ser protegido es el del comprador. Es evidente que el comprador no está obligado a aceptar ningún pago parcial (cfr. art. 1169 del Código Civil), ni cosa diversa de la que se comprometió a entregar el vendedor (cfr. art. 1166 del Código Civil). Es igualmente evidente que el comprador, si entiende que su consentimiento resultó viciado por error o dolo del copropietario vendedor, al ocultarle que la cosa era común y no de titularidad única del vendedor, podrá anular el contrato a través de la utilización de los mecanismos adecuados para ello (cfr. arts. 1300 y sigs. del Código Civil)².

Sin embargo, de nuevo, la cuestión que hay que determinar es si para conseguir la justa protección del comprador es necesario declarar la nulidad absoluta y radical del contrato de compraventa celebrado por uno de los copropietarios de la cosa común o, por el contrario, el interés del comprador puede quedar igualmente protegido si se le reconoce la posibilidad de instar la resolución del contrato por incumplimiento del copropietario vendedor al no poder entregarle todo lo que le vendió y, en su caso, la posibilidad de anular el contrato por error del consentimiento o dolo del vendedor junto, en ambas hipótesis, con los daños y perjuicios producidos.

Téngase presente que, si se declara la nulidad radical del contrato celebrado por uno solo de los copropietarios, el comprador, aunque interese a su derecho y lo solicite expresamente, no podrá adquirir ni tan siquiera los derechos que el vendedor tuviera sobre la cosa que vendió³.

Como hemos visto en los dos casos que nos han servido para situar el problema, el comprador solicitaba expresamente que la compraventa fuera válida y eficaz para la transmisión de los derechos que sobre la cosa ostentaban los vendedores (el usufructo y una tercera parte de la nuda propiedad, en el primer caso, y las siete octavas partes indivisas de las fincas en el segundo).

Si se declara la nulidad radical y absoluta del contrato de compraventa celebrado por uno solo de los copropietarios, el contrato no podrá producir ningún efecto, ni tan siquiera el parcial de obligar al copropietario vendedor a transmitir los derechos que tuviera sobre la cosa de titularidad común que ha vendido.

Más aún, podría ser (como ocurre normalmente en muchos casos resueltos por nuestros Tribunales), que fuera el propio copropietario vendedor el que instara la nulidad del contrato que celebró en nombre propio alegando la falta de intervención en el mismo de los otros copropietarios, lo que no deja de producir cierta perplejidad.

El tercer interés implicado en estos casos es el del copropietario que, en nombre y derecho propio, vende a un tercero la finca sobre la que únicamente

ostenta el derecho de copropiedad y no la plena titularidad del dominio. A nuestro entender, este es el único interés de los concurrentes que no merece protección.

No parece razonable que el copropietario que, en su propio nombre y derecho, vendió la totalidad de la finca pueda posteriormente solicitar la nulidad radical del contrato de compraventa alegando que no intervinieron en el mismo el resto de copropietarios.

Ni tampoco es razonable, a nuestro entender, que el copropietario que vendió la cosa como si fuera propia pueda negarse a transmitir al comprador que así lo solicite todos los derechos que tuviera sobre la cosa.

Como hemos indicado, el comprador no está obligado a aceptar un pago parcial, pero si satisface igualmente a su interés adquirir los derechos de copropiedad que sobre la cosa tuviera el vendedor, entendemos que lo razonable es defender que el comprador pueda exigir del vendedor el cumplimiento parcial del contrato de compraventa, abonando el precio en proporción al total convenido (analogicamente a lo dispuesto en el art. 1460 del Código Civil), y que el vendedor, por un elemental principio de buena fe y autorresponsabilidad, no pueda oponerse a la validez y eficacia parcial del contrato de compraventa que voluntariamente celebró.

III. LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA

1. LA JURISPRUDENCIA MAYORITARIA: LA DECLARACIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA DEL NEGOCIO JURÍDICO REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS

Uno de los temas en los que nuestra jurisprudencia se muestra más variable e insegura es, precisamente, el de la apreciación de la nulidad o validez de la venta de cosa común por uno de los copropietarios y, en su caso, la concreción de los efectos jurídicos que la misma puede producir.

Así, por ejemplo, en el primer supuesto que hemos referido al inicio de este trabajo, extraído de la STS de 26 de febrero de 1982 (*RJ* 1982, 790), en el que la usufructuaria junto con una de las tres nudo propietarias vendían a un tercero la finca, el Tribunal Supremo, aunque en la demanda se solicitaba la resolución del contrato, declaró la nulidad absoluta de la venta, que no sirvió ni tan siquiera para transmitir, como solicitaba expresamente el comprador en su reconvenición, el usufructo, que era de titularidad única y exclusiva de una de las vendedoras, ni el tercio de nuda propiedad cuya titularidad correspondía a la nuda copropietaria que celebró el contrato de compraventa⁴.

Por el contrario, en el caso resuelto por la STS de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589), el Tribunal Supremo declaró la validez obligacional de la venta realizada por el copropietario de las siete octavas partes indivisas, aunque lo hizo sin ninguna convicción, señalando que la validez de la venta constituye una

excepción frente a la doctrina general de la nulidad absoluta de la compraventa realizada por uno solo de los copropietarios, y que la apreciación de esta excepción queda en las manos del Tribunal, pues, según se dice, «*está subordinada al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado*»⁵.

Lo cierto es que el estudio de la jurisprudencia sobre la disposición aislada por uno de los copropietarios de la cosa común es muy poco clarificadora, y ello aunque nos limitemos únicamente a la doctrina del Tribunal Supremo. Muchas sentencias defienden posiciones radicalmente contradictorias entre sí⁶.

Así, el Tribunal Supremo ha considerado, por ejemplo, que la venta de la cosa común por uno de los comuneros es nula radical y absolutamente (SSTS de 26 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5576]; de 7 de marzo de 2012 [RJ 2012, 4059]; de 23 de junio de 2009 [RJ 2009, 4233]; de 9 de octubre de 2008 [RJ 2008, 5684]; de 23 de enero de 2003 [RJ 2003, 607]; de 13 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9689]; de 24 de julio de 1998 [RJ 1998, 6446]; de 16 de junio de 1995 [RJ 1995, 5301]; de 25 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6669]; de 25 de junio de 1990 [RJ 1990, 4894] y de 23 de octubre de 1990 [RJ 1990, 8041]⁷).

También ha decretado la nulidad de la venta realizada por el comunero pero, al mismo tiempo, dejando a salvo «*el derecho del comprador a ejercitar contra el vendedor las acciones correspondientes y entre ellas las del saneamiento por evicción*» [STS de 11 de abril de 1953 (RJ 1953, 1263), referida a un supuesto de comunidad hereditaria en el que, sin haberse verificado la partición, uno de los hermanos vende bienes de la herencia sin el consentimiento del otro coheredero], lo cual es absolutamente contradictorio, pues si la venta es nula radical y absolutamente, difícilmente puede producir algún efecto, y mucho menos el de la aplicación de las consecuencias derivadas de la evicción en la compraventa, que parten necesariamente de la validez del contrato celebrado⁸. De igual modo, se ha decretado la nulidad de pleno derecho del contrato pero, al mismo tiempo, se ha defendido su posible validez condicional (STS de 8 de mayo de 1989 [RJ 1989, 3673]).

Sin embargo, coetáneamente, también el Tribunal Supremo ha declarado la validez de la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios [así, por ejemplo, en la clarificadora STS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2819), pronunciada por D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS, o en la STS de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5589), o en la más reciente de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2276)]⁹.

No obstante la diversidad de pronunciamientos sobre la cuestión, lo cierto es que, al menos hasta el momento, la inmensa mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales establecen que la venta de la cosa en copropiedad realizada por uno de los copropietarios es nula radical

y absolutamente, alegando para ellos diversos motivos¹⁰, y las que admiten la validez de la venta de cosa en copropiedad por uno de los copropietarios lo hacen sin verdadera convicción, forzadas por las circunstancias del supuesto fáctico y, además, manifestando expresamente, sin ninguna necesidad y como una forma de prevención, que «*la validez de la compraventa está sujeta al necesario estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado*» [frase que se contiene tanto en la STS de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5589) como en la de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2276)].

2. EVOLUCIÓN DE LAS POSICIONES DE LOS AUTORES EN LOS ÚLTIMOS AÑOS

También en la doctrina se ha defendido de modo mayoritario la nulidad radical del contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno solo de los copropietarios en nombre y derecho propio, argumentando normalmente que la disposición aislada de uno de los comuneros se opone a lo establecido imperativamente por el artículo 397 del Código Civil, al señalar que «*ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos*», interpretando que en el término «*alteraciones*» también están incluidos los negocios jurídicos de disposición sobre la cosa común¹¹.

Esta posición doctrinal mayoritaria ha estado muy influenciada por la postura mantenida por el Tribunal Supremo que, a su vez, estuvo decisivamente condicionada por el parecer de D. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, que desde el año 1964 hasta finales de 1985 fue Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y en su monografía *La comunidad de bienes en Derecho español*, defendía que el artículo 397 del Código Civil, al referirse a «*alteraciones*» no solo comprendía los actos de modificación material de la cosa común sino también los actos de disposición jurídica sobre ella, y sancionaba con la nulidad absoluta los contratos celebrados sobre la cosa común por uno solo de los copropietarios¹².

Esta posición doctrinal, sin embargo, a partir de la obra del Profesor MIQUEL GONZÁLEZ¹³, entendemos que está evolucionando y en los últimos años son claramente mayoría los autores que defienden que la venta de la cosa común realizada por uno de los copropietarios en su propio nombre y derecho no puede considerarse nula radical y absolutamente, sino que debe entenderse como válida en el aspecto obligacional y, por lo tanto, producirá las consecuencias propias de este negocio jurídico (así, por ejemplo, servirá de justo título para la usucapión) aunque, lógicamente, aun cuando fuera seguida de la tradición, no podrá transmitir los derechos que sobre la cosa no fueran titularidad del copropietario vendedor¹⁴.

IV. ARGUMENTOS UTILIZADOS PARA DECRETAR LA NULIDAD DE LA VENTA DE LA COSA COMÚN REALIZADA POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS Y SU POSIBLE REFUTACIÓN

Dos son los motivos por los que los, principalmente, los Tribunales españoles declaran la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno o varios de los copropietarios sin la participación de los restantes: Porque el contrato de compraventa de la cosa común realizado sin la intervención de todos los copropietarios supone una vulneración del artículo 397 del Código Civil, que es una norma imperativa a cuya infracción la jurisprudencia le atribuye la sanción de la nulidad absoluta o radical; y, en segundo lugar, porque —se afirma— el contrato de compraventa de la cosa común realizado sin la intervención de todos los copropietarios carece de consentimiento, o bien de objeto o causa¹⁵.

A continuación intentaremos rebatir los motivos que ordinariamente conducen a los Tribunales a declarar la nulidad radical de la venta de cosa común realizada sin la intervención de todos los copropietarios.

1. PRIMER MOTIVO DE NULIDAD: LA ENAJENACIÓN DE LA COSA COMÚN POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS COMO VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 397 DEL CÓDIGO CIVIL

Como hemos indicado en el apartado anterior, la jurisprudencia y la doctrina tradicional entienden que en el término «*alteraciones*», que el artículo 397 del Código Civil impide realizar en la cosa común a los condueños sin el consentimiento de los demás, están incluidos no solo los actos de modificación material de la cosa, esto es, las «*innovaciones en la cosa común*», a las que únicamente se refería el artículo 677 del Código Civil italiano de 1865, que es el claro precedente de nuestro artículo 397 del Código Civil, sino que también deben incluirse en el concepto de «*alteraciones*» los actos de disposición jurídica¹⁶.

Así, se dirá que la enajenación es el «*máximo acto de alteración de la cosa común*»¹⁷.

En este sentido, alterando claramente el tenor literal de lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil, la STS de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689) resuelve un supuesto en el que cuatro de los cinco copropietarios habían vendido a un tercero la finca que tenían en común.

El copropietario que no intervino en la compraventa demandó a los cuatro copropietarios vendedores y a los compradores solicitando la nulidad absoluta de la venta.

A pesar de que la sentencia de primera instancia había declarado únicamente la invalidez parcial de la venta respecto de los derechos de copropiedad del demandante, tanto la sentencia de apelación como la del Tribunal Supremo

declararon la nulidad radical del negocio jurídico realizado por cinco de los seis copropietarios con el siguiente argumento:

«El artículo 397 del Código Civil dispone que “para actos materiales de alteración o para actos jurídicos de disposición, de una cosa en copropiedad, es decir, para los actos que vayan más allá de la administración y supongan una disposición o alteración de la cosa objeto de copropiedad, es precisa la unanimidad de todos los codueños. Sin que pueda mantenerse la validez parcial respecto a la parte de los que han dispuesto, si ha faltado la unanimidad”.

Lo anterior ha sido indiscutido en la doctrina y reiteradamente mantenido por la jurisprudencia. Es especialmente clara y trata un caso muy semejante al presente la sentencia de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603)».

En efecto, la STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603) condensa perfectamente esta doctrina jurisprudencial, al punto de que numerosas sentencias posteriormente se remitirán a sus argumentos para declarar la nulidad de la compraventa por vulneración del artículo 397 del Código Civil¹⁸.

Dice la sentencia:

«La enajenación de la cosa común como cosa propia, supone en efecto una alteración de la misma prevista en el artículo trescientos noventa y siete del Código sustantivo, de añeja tradición —sentencias de diecisiete de junio de mil novecientos veintisiete; nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (RJ 1954, 332); diez de octubre de mil novecientos cincuenta y seis (RJ 1956, 3184); ocho de abril de mil novecientos sesenta y cinco (RJ 1965, 2150); veinte y veintiuno de febrero de mil novecientos sesenta y nueve; veinticinco de abril de mil novecientos setenta (RJ 1970, 2044) y catorce de diciembre de mil novecientos setenta y tres (RJ 1973, 4780)— ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante, estiman que esa alteración no solo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica, pues el artículo trescientos noventa y siete no distingue y es el que marca precisamente con el siguiente artículo trescientos noventa y ocho, la frontera de los actos de mera administración y de los que tienen mayor entidad, para cada uno de los cuales se marca respectivamente, el régimen de simple mayoría o el de unanimidad. Precisamente, se llega con invocación de estos artículos trescientos noventa y siete y trescientos noventa y ocho a la determinación discriminatoria de la validez y eficacia de los actos particulares de los comuneros, sin constancia del asentimiento de los demás, cuando la actuación de aquellos redunde en notorio y claro provecho de la comunidad, pero no en caso contrario en que se declara la nulidad radical como en el caso contemplado en la sentencia de catorce de diciembre de mil novecientos setenta y tres (RJ 1973, 4780) de un arrendamiento que precisaba de la unanimidad de todos los partícipes. Y si ello es así, obvio resulta, que la enajenación, de mucha mayor entidad jurídica, requiere esa unanimidad, es decir el consentimiento del copropietario, a través de sus Órganos legales de representación complementario de su incapacidad,

para que el contrato privado tuviera virtualidad, lo que al carecer de tal requisito acarrea su nulidad, como correctamente se mantiene en la sentencia, por cuya razón ha de perecer el primer motivo del recurso».

Como intentaremos demostrar a continuación, argumentos de diversa índole (de orden histórico, gramatical, sistemático, etc.), se oponen a esta doctrina jurisprudencial que entiende que el negocio jurídico sobre la cosa común realizado por uno o varios de los copropietarios sin la participación de los restantes supone una «*alteración en la cosa común*» prevista en el artículo 397 del Código Civil y debe ser sancionado necesariamente con la nulidad absoluta¹⁹.

1.1. Antecedentes históricos e interpretación del artículo 397 del Código Civil en los primeros comentaristas del Código Civil español

A pesar de que la STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603) señala que «*la enajenación de la cosa común como cosa propia, supone en efecto una alteración de la misma prevista en el artículo trescientos noventa y siete del Código sustantivo, de añeja tradición (...) ya que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante, estiman que esa alteración no solo es alusiva a actos materiales, sino a aquellos que tienen repercusión jurídica*», y, efectivamente, puede parecer que, desde siempre o, al menos, desde que se publicó el Código Civil, los actos de disposición jurídica se han considerado comprendidos en los supuestos de «*alteración en la cosa común*» a los que se refiere el artículo 397, lo cierto es que esta interpretación amplísima del término «*alteraciones en la cosa común*», comprensiva no solo de las actuaciones materiales realizadas en la cosa sino también de los negocios jurídicos realizados sobre la misma, es relativamente reciente en nuestra doctrina y jurisprudencia.

En efecto, la jurisprudencia, los primeros comentaristas del Código Civil español y, en general, la gran mayoría de los autores, hasta mediados de los años cincuenta del pasado siglo consideraron que el artículo 397 del Código Civil únicamente se refería a las alteraciones de índole material, porque afectaban inevitablemente a toda la cosa común y no podían dividirse o limitarse a la parte del copropietario actuante²⁰.

Más aún, con carácter general se limitaba el concepto de «*alteraciones en la cosa común*» a aquellas que afectarían a la forma o sustancia de la cosa común o a aquellas otras que, de cualquier modo, limitarían o perjudicarían el disfrute del resto de los comuneros²¹.

Y esta primera interpretación del precepto, que se mantuvo en la doctrina y jurisprudencia hasta bien entrados los años cincuenta del pasado siglo, es la más próxima a los antecedentes históricos del precepto, si se tiene presente que el artículo 397 de nuestro Código Civil proviene directamente del artículo 677 del Código Civil italiano de 1865, que disponía: «*Uno de los partícipes no*

puede hacer innovaciones en la cosa común, aunque las pretenda ventajosas a todos, si los otros no las consienten»²².

En cuanto a la interpretación del artículo 677 del Código Civil italiano de 1865, los autores que lo estudiaron, de modo prácticamente unánime, limitaban el término «*innovaciones*» a aquellas actuaciones de índole material que pudieran realizar los comuneros sobre la cosa común, reservando el artículo 679 del Código Civil italiano de 1865 tanto para la regulación de los actos de disposición jurídica sobre la cuota como sobre la cosa común²³.

Los autores que estudiaron la comunidad de bienes en el Código Civil italiano de 1865 ni siquiera llegan a sugerir la posible aplicación del artículo 677, que se refiere a las innovaciones materiales, a los supuestos de venta de la cosa común por uno solo de los comuneros, limitando el término innovaciones a los actos de alteración material sobre la cosa común y, como hemos dicho, remitiendo a la regulación del artículo 679 los actos de disposición jurídica extralimitados que pudieran realizar alguno de los copropietarios²⁴.

Además, teniendo en cuenta que el artículo 679 del Código Civil italiano de 1865, después de disponer que cada partícipe tiene la plena propiedad de su cuota y de los correspondientes frutos y utilidades y, en consecuencia, puede libremente enajenar, ceder o hipotecar esta cuota y también sustituir a otro en el disfrute de la misma, afirmaba: «*Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que vendrá a corresponder al partícipe en la división*», la doctrina italiana señalaba que la enajenación realizada por uno solo de los comuneros de la cosa común no podía ser considerada nula absoluta y radicalmente, pues el propio precepto contemplaba la disposición extralimitada de algún comunero y establecía sus consecuencias, limitando el efecto de la enajenación o hipoteca a la parte que le corresponderá al partícipe en la división.

Así, la doctrina italiana referida al Código de 1865, aunque lógicamente afirmaba que únicamente el consentimiento de todos los copropietarios podía transmitir la propiedad de la cosa vendida, consideraba válida la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios²⁵.

Téngase presente, además, que la determinación de la validez de la venta de cosa común realizada por uno solo de los copropietarios en el Derecho italiano aplicable bajo la vigencia del Código Civil de 1865 tenía una dificultad añadida, y es que el artículo 1459 consideraba nula la venta de cosa ajena²⁶.

Sin embargo, la doctrina italiana resolvía esta dificultad señalando que el precepto no podía aplicarse a la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios, pues la cosa vendida realmente no era ajena o, al menos, no era totalmente ajena²⁷.

Incluso, al igual que posteriormente hará la doctrina italiana referida al Código Civil de 1942, los autores que estudiaron la comunidad de bienes bajo la vigencia del Código de 1865, entendieron que el contrato de venta de la cosa

común realizado por uno solo de los comuneros produce unos limitados efectos reales, pues tiene la eficacia parcial de transmitir al comprador el derecho de copropiedad que tenía el enajenante y el comprador, en consecuencia, pasa a formar parte de la comunidad²⁸.

En consecuencia, teniendo en cuenta los precedentes del artículo 397 de nuestro Código Civil y cómo se interpretaron en Italia, así como la interpretación que del precepto realizaron los autores españoles que escribieron con posterioridad a la publicación del Código Civil, parece que puede afirmarse que no siempre la doctrina y jurisprudencia española consideraron incluidos en el artículo 397 del Código Civil los actos de disposición jurídica. Ni esta interpretación es de tan «añeja tradición» como señala la STS de 18 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603)²⁹, sino que esta interpretación solo se produjo, como hemos señalado, a partir de los años cincuenta, pues hasta entonces el artículo 397 del Código Civil se interpretaba como referido únicamente a las innovaciones, esto es, a las alteraciones de índole material³⁰.

Por lo tanto, parece que el argumento de orden histórico no justifica en absoluto la interpretación que actualmente es dominante, al menos en nuestra jurisprudencia.

1.2. La interpretación literal del artículo 397 del Código Civil

Tampoco, a nuestro juicio, la actual interpretación jurisprudencial se puede justificar por el contenido gramatical del precepto. Antes al contrario.

Y es que entender comprendidos en la expresión utilizada por el artículo 397 del Código Civil de «*hacer alteraciones en la cosa común*» también los actos de disposición jurídica solo puede hacerse forzando manifiestamente el sentido literal de las palabras y poniendo en boca del legislador lo que no ha dicho al equiparar dos verbos que no tienen nada que ver: alterar y disponer.

En efecto, la primera acepción del verbo «*alterar*» es «*cambiar la esencia o forma de algo*»³¹, por lo tanto, es evidente que las «*alteraciones en la cosa común*» suponen actuaciones de índole material que producen cambios *en* la cosa que afectan a su esencia o forma.

Como se ve, la interpretación literal del precepto coincide con la que hacían los primeros comentaristas de nuestro Código Civil, que limitaban el término «*alteraciones*» a las modificaciones de índole material y, además, únicamente a aquellas que afectaban a la forma o sustancia de la cosa³².

Por el contrario, el verbo disponer se define como: «*Ejercitar en algo facultades de dominio, enajenarlo o gravarlo, en vez de atenerse a la posesión y disfrute. Testar acerca de ello*»³³.

Por lo tanto, a nuestro juicio, parece claro que cuando el legislador demonónico, —inspirándose en el Código Civil italiano de 1865, que hablaba de

hacer innovaciones en la cosa—, utilizó en el artículo 397 de nuestro Código la expresión «*alteraciones en la cosa común*» se estaba refiriendo única y exclusivamente a las actuaciones de índole material que pudieran afectar a la forma y esencia de la cosa común.

Y aun cuando, tras cientos de sentencias afirmando de modo indubitado que el término alteraciones también incluye los actos de disposición jurídica, se haya asumido esta equiparación y no extrañe que se interpreten como términos idénticos los que no lo son, lo cierto es que los primeros autores que propugnaron la inclusión en el artículo 397 del Código Civil de los actos de disposición jurídica sí que advirtieron que los términos alteración y disposición son muy diversos, intentando justificar la interpretación del precepto en una utilización imprecisa del término «*alteraciones*» por el legislador³⁴.

Por lo tanto, la expresión hacer «*alteraciones en la cosa común*», en una correcta interpretación gramatical del precepto, acudiendo al «*sentido propio de las palabras*», como exige el artículo 3 del Código Civil, únicamente debe interpretarse como actuaciones que se realizan materialmente en la cosa común y que afecten a su forma o esencia, sin que puedan entenderse incluidos en ellas los actos de disposición jurídica.

Y es que parece evidente que los actos de disposición jurídica, se realicen únicamente sobre la cuota o se realicen sobre la cosa común, no producen ninguna alteración *en* la cosa, que permanece invariable e idéntica antes y después de la celebración del negocio de disposición jurídica³⁵.

1.3. *La interpretación sistemática del precepto*

Como hemos visto, la jurisprudencia aplica el artículo 397 del Código Civil a la venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros. Y lo hace para imponer la sanción de la nulidad absoluta y radical del acto dispositivo por infracción de la norma.

Sin embargo, de los preceptos que en nuestro Código Civil se refieren expresa y específicamente a la disposición de un comunero en el ámbito de la comunidad de bienes se desprende cabalmente lo contrario: la validez del negocio jurídico y la producción de determinados efectos jurídicos.

Como veremos a continuación, aplicando igualmente la interpretación sistemática de las normas, esto es, poniendo «*en conexión los preceptos legislativos que tratan de una determinada cuestión, por presuponerse que entre ellos hay una coherencia y una interdependencia*» (STS de 28 de octubre de 2005 [RJ 2005, 7615]), tampoco debería incluirse la venta de la cosa común realizada por uno de los comuneros en el ámbito de aplicación del artículo 397 del Código Civil, como hace la mayoría de la jurisprudencia, declarando la nulidad absoluta del contrato.

Los dos únicos preceptos que se refieren a la disposición en el ámbito de la comunidad de bienes son el artículo 399 del Código Civil, que regula la disposición de la cuota por un comunero, y el artículo 597 del Código Civil, que establece la regulación aplicable a la constitución de una servidumbre sobre un fundo indiviso.

En cuanto al primero de los preceptos, el artículo 399 del Código Civil dispone: «*Todo condueño tendrá la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños estará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad*».

Como se ve, la norma, después de establecer la plena propiedad de cada comunero sobre su cuota y la posibilidad de enajenarla o cederla a un tercero, advierte que el efecto de la enajenación en relación con los copropietarios quedará limitado a la porción que se le adjudique al comunero vendedor al cesar la comunidad, al igual que vimos que hacía el artículo 679 Código Civil italiano de 1865, del que proviene nuestro precepto.

Por lo tanto, el precepto parte del supuesto fáctico de que el copropietario haya enajenado o cedido más derechos de los que le corresponden sobre la cosa común, pues si no fuera así no tendría sentido la advertencia de que, respecto de los demás copropietarios, los efectos de la enajenación o disposición quedarán limitados a la porción que se le adjudique al comunero enajenante en la división.

En definitiva, como señalaba la doctrina italiana referida al Código Civil de 1865, si el comunero solo hubiera enajenado su cuota la última frase del artículo sobraría³⁶.

El artículo parte de la validez del acto de enajenación extralimitado realizado por el comunero vendedor, al que no declara nulo sino que simplemente limita sus efectos (respecto de los otros copropietarios) a la parte que se le adjudique al comunero en la división, limitación de efectos que, obviamente, presupone la validez del negocio jurídico extralimitado que hubiera realizado uno de los copropietarios³⁷.

Obsérvese, además, que el legislador únicamente limita los efectos de la disposición extralimitada realizada por uno de los comuneros respecto de sus relaciones con los otros copropietarios y no en el ámbito de las relaciones que puedan generarse entre el copropietario enajenante y el tercero comprador, respecto del cual el comunero enajenante no debería poder oponer su propia enajenación extralimitada para instar la nulidad del contrato.

El segundo precepto que se refiere a la disposición en el ámbito de la comunidad de bienes es el artículo 597 del Código Civil, que regula la constitución de una servidumbre sobre un fundo indiviso, reconociendo la validez del negocio jurídico de constitución realizado por uno solo de los comuneros, aunque, dado

el carácter indivisible del derecho de servidumbre (que no se puede establecer pro cuota³⁸), deja en suspenso los efectos del negocio jurídico de constitución hasta que la servidumbre se otorgue por todos los copropietarios³⁹.

Pero lo que interesa ahora destacar es que el precepto no impone la nulidad absoluta del acto de disposición (constitución de servidumbre) sobre la cosa común realizado por uno solo de los comuneros sino que, por el contrario, presupone su validez y determina sus efectos suspendiéndolos respecto de los otros copropietarios (porque, como veremos, en las relaciones entre el comunero concedente de la servidumbre y el beneficiario de la misma, el concedente no puede oponerse a la efectividad inmediata de la servidumbre).

En efecto, el artículo 597 del Código Civil dispone: «*Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios.*

La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros.

Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido»⁴⁰.

Por lo tanto, el precepto no impone la nulidad absoluta del negocio jurídico de concesión de servidumbre sobre el fundo indiviso realizado por solo uno o algunos de los comuneros. Por el contrario, admite expresamente su validez, dejando la concesión realizada en suspenso (respecto de los otros copropietarios), pero estableciendo de modo inmediato efectos respecto del comunero concedente (que queda inmediata y definitivamente obligado, junto con sus sucesores, a no impedir al beneficiario el ejercicio del derecho de servidumbre concedido)⁴¹.

En consecuencia, la validez del negocio jurídico de concesión de la servidumbre va a producir determinados efectos⁴².

El primero de los efectos viene directamente establecido por el precepto, y es que el comunero concedente queda obligado a no impedir el ejercicio del derecho de servidumbre.

Por lo tanto, ni él ni sus sucesores podrán ejercitar la acción negatoria de servidumbre. En consecuencia, si el resto de comuneros no concedentes no se oponen al ejercicio del derecho de servidumbre por el beneficiario, este, de facto, podrá ejercitar el derecho de servidumbre⁴³. De igual modo, si el resto de comuneros deciden consentir posteriormente la constitución de la servidumbre, el copropietario que la concedió inicialmente ya no podrá oponerse a la concesión⁴⁴.

Dado que la constitución de servidumbre concedida extralimitadamente por uno solo de los copropietarios le obliga definitivamente a él y a sus herederos, si, por la razón que fuera (compraventa, adjudicación en la división de la cosa común, renuncia de los otros copropietarios, etc.) el concedente o cualquiera

de sus sucesores adquirieran la propiedad de la finca que se tenía en común, la servidumbre quedará definitivamente constituida con plenitud de efectos sobre el fundo en ese mismo instante⁴⁵.

De igual modo, quedará constituida la servidumbre si el concedente o sus sucesores adquieren por cualquier título (compraventa, adjudicación en la división, etc.) una parte del fundo sobre la que pueda ejercitarse la servidumbre concedida unilateralmente⁴⁶.

Por lo tanto, y en lo que interesa a nuestro estudio, de lo establecido en el artículo 597 del Código Civil se desprende de modo indiscutible la validez del negocio jurídico de concesión de servidumbre sobre el fundo indiviso realizado unilateralmente por uno solo de los copropietarios y la producción de importantes efectos. De igual modo, del artículo 399 del Código Civil se desprende la validez del negocio jurídico de disposición extralimitado realizado por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común, y la producción de efectos, que quedarán limitados respecto de los otros comuneros a la porción que se asigne en la división al enajenante o disponente.

En conclusión: ni el artículo 399 ni el artículo 597 del Código Civil sancionan con la nulidad absoluta el negocio jurídico realizado por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común sino que, antes al contrario, parten de la validez del mismo, aunque limiten sus efectos en relación con los otros copropietarios.

Puede afirmarse, por tanto, que los únicos artículos del Código Civil que regulan de modo expreso y directo los actos de disposición en las situaciones de comunidad reconocen la validez del acto dispositivo realizado por uno solo de los copropietarios aunque limiten sus efectos.

No parece, en consecuencia, que la interpretación que la jurisprudencia realiza del artículo 397 del Código Civil (que, insistimos, no regula ningún negocio jurídico de disposición sobre la cosa común) case bien con la validez del negocio jurídico extralimitado que reconoce el legislador en los artículos 399 y 597 del Código Civil.

1.4. La aplicación automática de la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico por infracción del artículo 397 del Código Civil

Por lo expuesto en los apartados anteriores, entendemos que el artículo 397 del Código Civil no es el precepto que debe aplicarse a los negocios jurídicos realizados por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común.

Pero, aun cuando estuviéramos equivocados y realmente fuera el artículo 397 del Código Civil el artículo que se aplicara a la enajenación de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros, lo que no parece razonable es entender, como hace la jurisprudencia, que la aplicación del precepto conduce

directamente y de modo inexorable a la nulidad del negocio jurídico realizado por uno solo de los copropietarios.

El artículo 397 del Código Civil no establece la sanción de nulidad para el caso de que se infrinja el precepto⁴⁷. De hecho, difícilmente podría imponer la nulidad teniendo en cuenta que, como hemos visto, el texto literal del artículo se refiere exclusivamente a «*alteraciones en la cosa común*» y no a negocios jurídicos⁴⁸.

Por lo tanto, dado que el precepto no establece la sanción de nulidad para el caso de su infracción, aun cuando se defendiera la aplicación del artículo 397 del Código Civil a los negocios jurídicos realizados sobre la cosa común por uno solo de los comuneros, debería extremarse el cuidado para declarar nulos de pleno derecho (por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil)⁴⁹ los negocios jurídicos realizados extralimitadamente por alguno de los copropietarios, pues la sanción de nulidad, que supone la eliminación de la voluntad libremente manifestada por las partes en el negocio jurídico, es la más grave consecuencia que impone nuestro ordenamiento jurídico y solo debería aplicarse cuando expresamente lo imponga la ley o cuando fuera imprescindible teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el negocio jurídico y las consecuencias que producirá la validez o nulidad del mismo⁵⁰.

En este sentido, imponer la sanción de nulidad a los negocios jurídicos realizados por uno de los copropietarios sobre la cosa común produce consecuencias ilógicas y, en ocasiones, absurdas, como veremos a continuación⁵¹.

Así, si el negocio jurídico realizado sobre la cosa común por uno solo de los copropietarios fuera nulo, el propio copropietario que realizó libre y voluntariamente el negocio jurídico dispositivo podría instar y conseguir la declaración de nulidad del mismo, lo que no parece razonable. De hecho, en la jurisprudencia son frecuentes los casos en los que es el propio copropietario que celebró el contrato el que insta la nulidad del mismo (así ocurrió en la STS de 26 de febrero de 1982 [RJ 1982, 790], que nos ha servido de ejemplo para introducir estas páginas).

Si siempre fuera nulo de pleno derecho, el negocio jurídico realizado por uno de los comuneros sobre la cosa común no podría considerarse como justo título a los efectos de que el adquirente pudiera adquirir por usucapión ordinaria la cosa, si es que se hubiera producido la entrega, porque el artículo 1953 del Código Civil exige que el título para la usucapión sea válido.

Incluso aunque el comprador fuera de buena fe y hubiera adquirido la finca común a título oneroso y, por la razón que fuera, la finca estuviera inscrita en el Registro de la propiedad como de titularidad exclusiva del vendedor, el comprador, aunque inscribiera la compra, no quedaría protegido en su adquisición por el artículo 34 LH, pues el contrato de compraventa se consideraría nulo radicalmente y, como es sabido, el artículo 33 LH dispone que la inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

Si, finalmente, el copropietario que celebró el negocio jurídico sobre la cosa común la llegara a adquirir por completo (por ejemplo, porque se le adjudicó en la división), el negocio no podría convalidarse y, como hemos visto, el propio copropietario enajenante (ahora propietario exclusivo de la cosa) podría instar la nulidad del negocio jurídico realizado por él mismo cuando era copropietario de la cosa común o, cuando el comprador le reclamara judicialmente el cumplimiento del contrato, alegar en la contestación a la demanda la nulidad radical del negocio jurídico celebrado cuando era copropietario⁵².

De igual modo, si es que se considera que el negocio jurídico realizado por el copropietario sobre la cosa común es siempre nulo radical y absolutamente, si el comprador, pese a comprobar posteriormente a la compraventa que el vendedor solo era titular de una cuota de copropiedad sobre la cosa común, solicitara que el contrato fuera válido por esa cuota de propiedad titularidad del vendedor, tampoco podría admitirse este efecto, aunque la cuota de copropiedad del vendedor (que siempre es de titularidad exclusiva, cfr. art. 399 del Código Civil) fuera numéricamente importante (como hemos visto, en la STS de 28 de marzo de 2012 [RJ 2012, 5589] el vendedor era titular de siete octavas partes indivisas de las fincas).

Evidentemente, si el negocio siempre fuera nulo, tampoco podría producir ninguna consecuencia en el ámbito de las relaciones obligacionales que, en caso de validez del contrato, podrían haber surgido entre las partes contratantes, pues *quod nullum est nullum effectum producit*. Por lo tanto, el comprador no podría ni instar el cumplimiento del contrato exigiendo la transmisión íntegra de la propiedad en caso de que el vendedor finalmente hubiera adquirido la plena propiedad sobre la cosa común, ni la resolución por incumplimiento en caso contrario; ni podría demandar el saneamiento por evicción o por evicción parcial en caso de que se hubiera producido la entrega de la cosa y el comprador se hubiese visto privado total o parcialmente de la misma por los copropietarios no intervinientes en el negocio jurídico dispositivo; ni tampoco podría pedir la anulación del contrato por error sobre la propiedad del vendedor, pues el contrato siempre sería nulo absoluta y radicalmente⁵³.

Y, si ni tan siquiera se producen efectos en el ámbito obligacional, mucho menos permitiría a los otros copropietarios no intervinientes en el negocio jurídico dispositivo ejercitar el derecho de retracto de comuneros por la parte correspondiente al copropietario que dispuso extralimitadamente de la cosa común (art. 1522 del Código Civil), para lo que la doctrina mayoritaria exige la consumación de la enajenación con la adquisición de la cuota de copropiedad por el tercero que puede ser retraído⁵⁴.

Por lo tanto, teniendo en cuenta las consecuencias que produce la declaración de nulidad del negocio jurídico, a nuestro juicio, aun cuando se aceptara que fuera de aplicación el artículo 397 del Código Civil a los negocios jurídicos realizados por uno solo de los copropietarios sobre la cosa común, entendemos que

la sanción de nulidad de pleno derecho no sería la adecuada, pues conduciría a resultados poco razonables y contradictorios con los efectos admitidos por nuestro ordenamiento jurídico en situaciones semejantes (por ejemplo, el adquirente de una cosa totalmente ajena sí que tiene justo título para la usucapión ordinaria; queda protegido en su adquisición si se cumplen las condiciones del artículo 34 LH; y, en cualquier caso, puede exigir responsabilidad contractual al vendedor)⁵⁵.

Por otra parte, interpretar el artículo 397 del Código Civil de modo que su infracción produzca la consecuencia inexorable de aplicar la sanción de nulidad absoluta al contrato realizado por uno de los copropietarios sobre la cosa común, supone desconocer el principio de conservación de los negocios jurídicos porque, como hemos visto, sin que en ningún caso queden afectados los derechos de los comuneros no intervinientes en el negocio jurídico, podrían atribuirse efectos (tanto obligaciones como, incluso, reales) a las declaraciones de voluntad libremente manifestadas por las partes en el contrato⁵⁶.

2. SEGUNDO MOTIVO DE NULIDAD: LA FALTA DE CONSENTIMIENTO, OBJETO O CAUSA DEL NEGOCIO JURÍDICO DISPOSITIVO REALIZADO POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS SOBRE LA COSA COMÚN

Al margen de la infracción del artículo 397 del Código Civil, la segunda razón que suelen alegar los Tribunales para declarar la nulidad del contrato sobre la cosa común realizado sin la intervención de todos los copropietarios es que carece de los elementos esenciales establecidos en el artículo 1261 del Código Civil. Se afirma así que carece de consentimiento, o bien de objeto o causa⁵⁷.

Son varias las sentencias que han afirmado que el contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno solo de los copropietarios es nulo por carecer del consentimiento de aquellos que debían prestarlo, refiriéndose al resto de copropietarios que no intervinieron de ningún modo en el contrato.

En este sentido, y a pesar de que el comprador había solicitado que se declarara la validez obligacional del contrato, la STS de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059) decretó la nulidad del contrato de compraventa otorgado por dos de los tres comuneros, señalando que *«la sentencia recurrida no viola los artículos 1445 y 1450 del Código Civil pues el vendedor no gozaba de la libre disponibilidad del bien transmitido, carente el acuerdo del consentimiento necesario para poder ser catalogado de contrato (art. 1261 del Código Civil), pues no bastaba con el asentimiento del enajenante sino que se precisaba el de los demás condóminos (art. 397 del Código Civil), por lo que no se le pueden reconocer efectos obligacionales al acuerdo analizado, en cuanto nulo»*.

Por su parte, la STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5682) decreta igualmente la nulidad del negocio jurídico (en este caso, de traspaso de local por uno de los coarrendatarios), entre otras razones, por falta de consentimiento.

La sentencia argumenta: «*lo que está poniendo de relieve que se confirma el máximo acto de alteración de la cosa común, cual es su enajenación, por uno solo de los comuneros (...) y, de otro, está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1261*»⁵⁸.

O, con igual contundencia, la STS de 26 de febrero de 1981 (RJ 1981, 611) señala: «*de lo que se infiere que al haber sido dicho demandado quien por sí solo y sin tener autorización de ninguno de sus hijos, los demás copropietarios, para constituir esa mayoría, otorgó el contrato llevado a efecto con el otro demandado dicho contrato es inexistente por ausencia del esencial y primero de los requisitos que para la existencia de todo contrato exige, en su número 1.º, el artículo 1261 del Código Civil*».

Pues bien, es evidente que el requisito esencial del consentimiento no falta en estos contratos, ya que todos los que participaron en los mismos, esto es, todos los contratantes, lo prestaron válidamente.

Cuestión diversa es si tenían poder de disposición suficiente para transmitir la totalidad de los derechos sobre la cosa y los efectos que ese contrato podrá producir (desde luego, ninguno en la esfera jurídica de los otros copropietarios, para los que será totalmente inoponible al ser *res inter alios acta*).

El único consentimiento relevante en este contrato (al igual que en cualquier otro) es el de las personas que intervinieron en el mismo (por sí o mediante representación). Si lo prestaron válidamente no puede decirse que el contrato sea nulo por falta de consentimiento alegando que no participaron en su otorgamiento todos los copropietarios, pues la falta de intervención en el contrato de todos los copropietarios podrá determinar la ausencia de la totalidad de los efectos transmisivos que podría producir el contrato (seguido, claro está, de tradición), pero no podrá determinar su nulidad por falta del consentimiento de sujetos que no han sido parte en un contrato ni en nombre propio ni por representación⁵⁹.

El consentimiento de todos los copropietarios no es necesario para que el contrato celebrado sobre la cosa común por uno de ellos produzca efectos en el ámbito obligacional y, a nuestro entender, y siempre que vaya seguido de la necesaria tradición, también en el ámbito jurídico real, aun cuando sea limitadamente en cuanto al derecho de copropiedad que sobre la cosa común tuviera el vendedor, teniendo en cuenta que el contrato en ningún caso podrá afectar a los copropietarios no intervinientes en el mismo, que mantendrán incólume su posición jurídica.

Si el copropietario vendedor y el comprador consintieron válidamente, parece evidente que este contrato no puede ser nulo por falta de consentimiento, y no puede aceptarse que sea el propio vendedor el que pueda alegar en cualquier momento la falta de consentimiento de los restantes copropietarios para que se decreta su nulidad, ya que el contrato en ningún caso producirá efectos respecto de los copropietarios que no participaron en el mismo⁶⁰.

Como señala la STS de 5 de julio de 1958 (RJ 1958, 2537), que declaró la validez de la venta de cosa común realizada por algunos de los comuneros, *«limitando la sentencia recurrida la eficacia de la venta a los demandados que fueron los que intervinieron en su otorgamiento y no con relación a los que a ella no concurrieron, ni por sí ni válidamente representados, no puede hablarse de infracción del artículo 1261 por falta de consentimiento, puesto que lo hubo plenamente por parte de todos los condenados en la sentencia»*.

Y en el proceso que el comprador, en su caso, tuviera que interponer para exigir el cumplimiento del contrato de compraventa, los únicos demandados serán los copropietarios vendedores, sin que deba (o pueda) demandarse a los comuneros que no intervinieron en el contrato (y, en consecuencia, respecto de los que el contrato es inoponible), ni exista, por tanto, litisconsorcio pasivo necesario, ni pueda la sentencia contener pronunciamientos de absolución o condena respecto de los comuneros no intervinientes en el contrato, pues no son parte en la relación jurídica controvertida⁶¹.

Tampoco es infrecuente en las sentencias del Tribunal Supremo que se argumente que el contrato de compraventa de la cosa común celebrado por alguno de los copropietarios sin el consentimiento unánime de los demás carece de objeto o causa, lo que, por aplicación del artículo 1261 del Código Civil, conduce igualmente a la nulidad del contrato.

En cuanto a la falta de objeto, la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233), al realizar un análisis de la doctrina jurisprudencial, señala: *«Así, la STS de 9 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1790), citando como precedentes las SSTs 28 de diciembre de 1932, 31 de enero de 1963 (RJ 1963, 753) y 20 de octubre de 1954, se decanta por la nulidad de la venta por carencia de objeto, tesis próxima a la de la sentencia de apelación ahora recurrida, mediante el argumento de que, sin confundir objeto con poder de disposición sobre el objeto, el de la compraventa está integrado no solo por la cosa sino también “por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar”»*⁶².

O, referida a la falta de causa, la STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603), reiteradamente citada por otras posteriores, afirma: *«el objeto de la compraventa, la finca urbana, lo fue como una unidad física y jurídica y habiendo recaído el consentimiento de los contratantes sobre ese objeto como tal, ello trasciende a la infraestructura causal del negocio, viciándolo de nulidad radical (arts. 1261 y 1275 del Código Civil), al no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente el copartícipe»*⁶³.

En realidad, lo que hacen estas resoluciones es añadir a los requisitos esenciales de los contratos establecidos en el artículo 1261 del Código Civil el poder de disposición sobre la cosa, que no viene exigido por nuestro legislador para que el contrato sea válido⁶⁴, y este nuevo requisito lo incorporan e integran bien en la causa del contrato o, incluso, en el objeto del mismo.

Así, se dice que el objeto del contrato no solo está integrado por la cosa sino «*también por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar*», o bien que trasciende a la causa del contrato el hecho de «*no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente el copartícipe*».

Y, a nuestro juicio, es evidente que el poder de disposición sobre la cosa no puede integrar el objeto del contrato de compraventa.

El objeto del contrato de compraventa es la materia o realidad susceptible de utilidad o interés sobre la que el mismo recae⁶⁵. En los supuestos de venta de cosa común por uno de los comuneros el objeto del contrato es (exclusivamente) la cosa de lícito comercio sobre la que recae, sin que en ningún caso se integre en el objeto del contrato el poder de disposición sobre la cosa que tenga el vendedor que, desde luego, será determinante para la posible transmisión de los derechos reales sobre la cosa (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), pero no afectará a la validez del negocio jurídico⁶⁶.

Como señala la STS de 27 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2605)⁶⁷, nuestro ordenamiento jurídico «*construye fundamentalmente el contrato de compraventa bajo el patrón del Derecho romano, como revela el disponer que “por el contrato de compra y venta, uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa...” (art. 1445), “la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado” (art. 1450), “el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la compraventa” (art. 1461), y las específicas normas referentes a la evicción contenidas en los artículos 1474, 1475, 1476, 1477, 1480 y 1502, determinante todo ello de que, siguiendo sustancialmente el sistema romano sobre la compraventa, en que esta es solo generadora de obligaciones, de modo que el vendedor contrae únicamente la obligación de proporcionar una cosa al comprador, sin que ningún precepto obligue al primero a que sea propietario de la cosa vendida, puesto que este extremo es indiferente de momento para la eficacia de la compraventa en sí, de tal manera que si el vendedor es dueño la tradición transferirá el dominio al comprador, y si no lo es, todo el poder y posesión que él tuviera sobre la cosa, con la posible consecuencia de que sumando el tiempo de posesión del vendedor con el del comprador puede producirse usucapión a favor de este, y si el vendedor no es dueño de la cosa vendida y esta, antes de consumarse usucapión, es reivindicada por el verdadero dueño («*verus domino*»), entonces el vendedor está obligado a sanear, o sea, a dejar indemne al comprador*».

Integrar el poder de disposición del vendedor en la causa u objeto del contrato, a nuestro entender, es confundir los aspectos obligacionales con los reales, y

supone desconocer nuestro sistema transmisor en el que el solo consenso nada transmite⁶⁸, ni el poder de disposición del comprador sobre la cosa es necesario para la validez del contrato de compraventa, que solo genera obligaciones entre los contratantes sin que pueda afectar a cualquier tercero no interviniente en el contrato⁶⁹.

Si el poder de disposición sobre la materia se integrara en el objeto del contrato todas las compraventas de cosa ajena carecerían de objeto pues, por definición, el vendedor no tiene poder de disposición sobre la cosa que vende⁷⁰.

Por otra parte, quedarían sin poder ser aplicados los preceptos relativos a la usucapión ordinaria, que está pensada, precisamente, para resolver los casos en los que el enajenante no era titular de los derechos que enajenó a través del contrato (que operaría aquí como justo título), pues el artículo 1953 del Código Civil exige que el título sea válido, y si se defiende que el poder de disposición sobre la cosa integra el objeto o la causa del contrato, el contrato celebrado por quien no tuviera el poder de disposición de la totalidad de los derechos sobre la cosa siempre sería nulo y, en consecuencia, nunca podría producirse la adquisición de la propiedad del comprador por usucapión ordinaria⁷¹.

Y, en su caso, tampoco podría aplicarse el artículo 34 LH, pues si el contrato de compraventa realizado por vendedor que no tuviera el poder de disposición de la totalidad de los derechos sobre la cosa siempre fuera nulo por falta de causa u objeto se aplicaría el artículo 33 LH⁷² y el adquirente de buena fe, aun cuando cumpliera las condiciones del artículo 34 LH, no quedaría protegido en su adquisición, porque la inscripción no convalida los contratos nulos, como lo sería la venta realizada por quien no tenía el poder de disposición de la totalidad de los derechos sobre la cosa vendida.

Sin embargo, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico tiene plena vigencia la posibilidad de la aplicación de la usucapión ordinaria, y la venta de cosa ajena es válida y produce plenos efectos obligacionales.

De igual modo, y seguramente con mayores motivos, debe ser válida la venta de cosa parcialmente ajena (esto es, la venta de cosa común celebrada por uno solo de los copropietarios) y debe servir como justo título para la usucapión ordinaria y para la aplicación, en su caso, del artículo 34 LH⁷³.

Iguales consideraciones pueden realizarse sobre la causa del contrato de compraventa de cosa común realizado por uno solo de los copropietarios, que, realmente, es un contrato de compraventa de cosa parcialmente ajena.

La causa en esta compraventa, sea cual sea la doctrina que se defiende sobre este requisito del contrato, es la misma que en cualquier otro contrato de compraventa y, por el solo hecho de la ajenidad (total o parcial) de la cosa vendida el contrato no puede quedar privado de causa o ser esta ilícita⁷⁴.

Y si el poder de disposición sobre la cosa vendida (o, como señala la jurisprudencia, el hecho de «no coincidir la titularidad parcial que ostenta el enajenante con la plena gama de titularidades de derechos que ostenta residualmente

el copartícipe»), trascendiera a la causa en todo contrato de compraventa, es evidente que siempre sería nula la venta de cosa ajena.

Si fuera cierto que el poder de disposición del enajenante, como regla general, trascendiera a la causa del contrato, resultaría que todos los contratos celebrados por quien no tuviera la plena propiedad de la cosa que vende serían nulos por falta de causa y, por lo tanto, no existiría justo título que pudiera dar lugar a la usucapión ordinaria en esos negocios, quedando sin posibilidad de aplicación la normativa relativa a la usucapión ordinaria, cuando es evidente que en los casos de compraventa de cosa ajena (o parcialmente ajena) es cuando se debe aplicar el régimen de la usucapión ordinaria, pues si el vendedor es el propietario pleno de la cosa vendida nada tendrá que usucapir el comprador porque la tradición le habrá transmitido todos los derechos que sobre la cosa tenía el transmitente⁷⁵.

V. CONCLUSIÓN: VALIDEZ OBLIGACIONAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE COSA COMÚN REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS COPROPIETARIOS Y POSIBLE EFICACIA REAL LIMITADA AL DERECHO DE COPROPIEDAD DEL VENDEDOR

Como hemos intentado demostrar en las páginas anteriores, a nuestro juicio, a la compraventa de la cosa común realizada por uno de los copropietarios no le es de aplicación el artículo 397 del Código Civil, que debe reservarse para los supuestos de alteración material de la cosa común que, por su propia naturaleza, son indivisibles y necesariamente van a afectar a todos los copropietarios, a diferencia de los negocios jurídicos dispositivos que nunca van a tener eficacia frente al copropietario que no intervino en los mismos. Esta interpretación, además, creemos que es la más respetuosa con la literalidad del precepto, y con su interpretación histórica y sistemática.

Además, el contrato de compraventa celebrado por uno de los copropietarios sobre la cosa común tiene consentimiento, objeto y causa, por lo que tampoco por este motivo se debería decretar de modo generalizado su nulidad, y ello con independencia de que, en algún supuesto concreto, el contrato de compraventa de cosa común celebrado por uno solo de los copropietarios pudiera carecer de objeto, de causa o ser esta ilícita (al igual que podría ocurrir en cualquier otro contrato), o que el comprador, ante la ajenidad parcial de la cosa, pudiera interponer las correspondientes acciones solicitando la anulación del contrato por vicio del consentimiento.

El contrato de compraventa de la cosa común celebrado por uno de los copropietarios es un contrato de venta de cosa parcialmente ajena, y no existiendo norma específica que decrete su nulidad (el art. 397 del Código Civil no es aplicable), este contrato debería declararse válido con carácter general.

En este sentido, la STS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2819), pronunciada por el Prof. Gullón Ballesteros, con total claridad admite la validez obligacional de la venta de cosa común, señalando que, en puridad, no es sino una venta de cosa ajena en cuanto a los derechos que no son de titularidad del vendedor y, por lo tanto, el tratamiento jurídico que debe recibir la misma es idéntico al que reciba la venta de cosa ajena que, como es sabido, es válida en nuestro ordenamiento jurídico.

Dispone la sentencia: *«la enajenación de una cuota en el condominio superior a la que corresponda a los vendedores es un caso de enajenación de cosa ajena (respecto a ese plus), y como tal debe ser tratada jurídicamente (...) Los recurrentes alegan en favor de la nulidad absoluta de la venta que está en comunidad, que ha de hacerse con el consentimiento unánime de los demás comuneros, citando en apoyo de esa interpretación del artículo 397 una sola sentencia. Aunque la misma sea expresiva de doctrina de esta Sala (que no se cita en el motivo), su jurisprudencia puede cambiar siempre de forma razonable, no arbitraria. La razón de la que ahora se mantiene es que no hay diferencia sustancial entre la venta de una cuota ideal sobre una cosa en comunidad mayor que la que le corresponde al enajenante y la venta de cosa ajena, pues ni sobre aquella ni sobre esta tiene poder de disposición el mismo»*⁷⁶.

También la doctrina mayoritaria considera indiscutible que la venta de la cosa común por uno de los copropietarios es un caso de venta de cosa parcialmente ajena⁷⁷.

Siendo esto así, parece razonable entender que esta venta de cosa común no podrá ser declarada nula si, por el contrario, se dice que la venta de cosa ajena es válida en nuestro ordenamiento jurídico, pues, como decimos, no hay ningún precepto que declare expresamente la nulidad de la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios.

Y sobre la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento jurídico no parece que hoy en día existan demasiadas dudas.

Así, con solventes argumentos, la STS de 11 de octubre de 2006 (RJ 2006, 6693) afirma: *«esta Sala ha negado reiteradamente la nulidad del contrato por el que el vendedor se obliga a transmitir una cosa que no le pertenece en el momento de celebrarlo (...) Ello, que, claro está, no excluye la posibilidad de una anulación por vicio en el consentimiento (arts. 1265 y 1300 del Código Civil), es la consecuencia de que (1.º) el Código Civil no admita la transmisión consensual del dominio por contrato (a diferencia del Código francés, artículos 711 y 1138, seguido por el Proyecto de 1851, artículos 548 y 981) y acepte la regla romana «traditione, non nuda conventione dominium acquiri»; (2.º) la compraventa sea en nuestro sistema un negocio jurídico de obligación, en el sentido de producir, por sí sola e inmediatamente, el nacimiento de una relación obligatoria (arts. 1445 y 1450 del Código Civil) en la que el vendedor queda vinculado a entregar la cosa vendida (art. 1461 del Código Civil), y no un*

negocio de disposición, pues no produce por sí la adquisición del derecho por el comprador, efecto del que solo es causa mediata; (3.º) el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación no sea el contrato, sino su ejecución ex parte venditore, esto es, el modo o traditio que, causada por el título (arts. 609 y 1095), consiste en una investidura posesoria, que, no obstante, puede ser ficticia (arts. 1462 a 1464); (4.º) la entrega tenga, consecuentemente, un doble significado, pues en el ámbito obligacional constituye un acto debido o de cumplimiento (arts. 1156 y 1160 del Código Civil) y, en el real, el modo complementario del título o contrato (arts. 609 y 1095 del Código Civil); (5.º) el vendedor deba ser titular del derecho transmitido no en el momento de perfeccionar la venta (a diferencia del artículo 1599 del Código Civil francés, a cuyo tenor «la vente de la chose d'autri este nulle»), sino en el de cumplimiento de la obligación de entregar, condición necesaria para un pago válido y liberatorio (art. 1160 del Código Civil) y para la adquisición por el comprador del derecho comprado (nemo dat quod non habet)»⁷⁸.

Las sólidas razones señaladas por esta sentencia para fundamentar la validez de la venta de cosa ajena son directamente aplicables a los supuestos de venta de cosa común por uno de los copropietarios que, en realidad, es una venta de cosa parcialmente ajena.

Incluso cabría añadir algún argumento específico para defender la validez de la venta de cosa parcialmente ajena, además del evidente argumento lógico de evitar la incoherencia que supondría considerar nula la venta de cosa parcialmente ajena cuando, al mismo tiempo, se considera indiscutiblemente válida la venta de cosa totalmente ajena⁷⁹.

Así, el artículo 597 del Código Civil se refiere al establecimiento por un solo de los comuneros de una servidumbre sobre el fundo común y no lo declara nulo, sino que le reconoce una serie de efectos.

De igual modo, el artículo 399 del Código Civil, cuando, después de reconocer a cada copropietario la plena propiedad de su parte, señala que «*el efecto de la enajenación o hipoteca con relación a los condueños quedará limitado a la porción que se adjudique en la división al cesar en la comunidad*», está partiendo de la validez del acto dispositivo no unánime realizado por alguno de los copropietarios que ha enajenado más derechos de los que tenía sobre la cosa común, pues si hubiera enajenado únicamente su derecho de copropiedad no tendría sentido la limitación del efecto de la enajenación a la que se refiere la última parte del precepto.

Por otra parte, como hemos visto anteriormente, también los antecedentes históricos conducen a la atribución de efectos a la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios.

En consecuencia, a nuestro juicio, con carácter general debe admitirse la validez del contrato de venta de la cosa común realizado por uno solo de los copropietarios.

Y, una vez admitida la validez obligacional del contrato de venta de cosa común realizado por uno solo de los copropietarios, a nuestro juicio, ese contrato (título), seguido del correspondiente modo, debe transmitir los derechos que el copropietario vendedor tenga sobre la cosa común siempre que el comprador así lo solicite expresamente⁸⁰.

En la copropiedad ordinaria, el copropietario que vende la cosa común no está vendiendo algo que le es totalmente ajeno sino que, por el contrario, en la cosa vendida tiene un derecho de copropiedad que es totalmente disponible sin limitación o restricción ninguna (art. 399 del Código Civil)⁸¹.

Por lo tanto, en la copropiedad ordinaria, cuando el copropietario dispone de la cosa común no solo dispone de cosa ajena sino también de cosa en parte propia y, siempre que el comprador así lo solicite, entendemos que no existe ningún motivo para impedir que la venta de cosa en parte propia realizada por el copropietario produzca, una vez se realice la oportuna tradición, la disposición efectiva de todos los derechos que sobre la cosa común tenía el transmitente.

Evidentemente, corresponde exclusivamente al comprador la decisión de aceptar o no la eficacia limitada del contrato (cfr. arts. 1169, 1166 o 1460 del Código Civil).

Pero si, como ocurre en numerosas ocasiones en la práctica⁸², al comprador le interesa, al menos, adquirir los derechos que sobre la cosa común tenía el vendedor, no vemos ningún obstáculo que pueda impedir que la tradición realizada por el vendedor sirva para transmitir todos los derechos que sobre la cosa vendida y entregada al comprador tuviera el vendedor o, como señala la STS de 27 de mayo de 1982 (*RJ* 1982, 2605), «*todo el poder y posesión que el vendedor tuviera sobre la cosa*»⁸³.

Si el copropietario vendedor entrega la cosa común al adquirente este podrá adquirir la cosa por usucapión ordinaria ya que el contrato de compraventa podrá servir como justo título porque no es nulo⁸⁴.

Pero, a nuestro juicio, esta usucapión ordinaria (o extraordinaria) no se aplicará respecto de todos los derechos de copropiedad que existían sobre la cosa común, sino solo sobre aquellos respecto de los que el comunero vendedor no tenía poder de disposición ya que, a nuestro juicio, el derecho de copropiedad que sobre la cosa común tenía el vendedor fue adquirido directamente por el comprador cuando el contrato de compraventa sobre la cosa común fue seguido de tradición.

Esta limitada eficacia real de la venta de la cosa común por uno de los copropietarios no va a producir ningún perjuicio al resto de comuneros.

Así, es evidente que el contrato de compraventa sobre la cosa común realizado por uno solo de los copropietarios obligacionalmente no es oponible frente al resto.

De igual manera, aunque este contrato vaya seguido de la entrega de la cosa común, parece claro que el comprador no va a adquirir por el título, aun

seguido de modo, los derechos de copropiedad que ostentan los comuneros no intervinientes en el contrato por falta de poder de disposición del transmitente sobre estos derechos.

No obstante, el comprador sí que podría adquirir estos derechos por la aplicación de las normas sobre la usucapión ordinaria o extraordinaria si mantuviera, durante el tiempo requerido por el ordenamiento jurídico, la posesión pública, pacífica y exclusiva, esto es, en concepto de único dueño, sobre la cosa común.

Si el copropietario vendedor entregó la cosa común al comprador, el resto de copropietarios podrán ejercitar la acción reivindicatoria para que la posesión vuelva a ser común, si es que el comprador posee la cosa de modo exclusivo sin reconocer el derecho a coposeer de los restantes comuneros, al igual que podrían haberla ejercitado previamente contra el copropietario vendedor si es que este estaba poseyendo la cosa de modo exclusivo y como propietario único antes de entregársela al comprador.

Y si el comprador perturba la coposesión sobre la cosa común del resto de copropietarios, estos podrán ejercitar frente a él las pertinentes acciones posesorias.

El adquirente subentrará en la copropiedad con los mismos derechos que tuviera el vendedor sobre la cosa común y, dado que se ha producido una enajenación a título oneroso de la cuota (art. 399 del Código Civil), los copropietarios que no participaron en el negocio jurídico podrán ejercitar el derecho de retracto de comuneros (art. 1522 del Código Civil).

En consecuencia, siempre que lo solicite el comprador, a nuestro entender, la venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros seguida de la correspondiente tradición deberá producir la limitada eficacia real de transmitir los derechos de copropiedad que sobre la cosa tuviera el copropietario transmitente⁸⁵.

NOTAS

¹ Dejamos fuera del estudio, ya que se trata de supuestos que plantean una problemática diversa, aquellos en los que el copropietario vendedor manifiesta en el contrato que actúa en su propio nombre y en nombre y representación de los demás copropietarios cuando no es así, pues este supuesto debe resolverse desde la consideración de la falsa representación alegada y se deben aplicar las consecuencias que se estimen oportunas respecto de la misma (bien la nulidad del contrato por falta de consentimiento de los comuneros que no estaban válidamente representados, bien, como nosotros creemos, la consideración del contrato como incompleto, susceptible de ratificación) [cfr. STS de 5 de mayo de 1972 (*RJ* 1972, 3584); de 23 de junio de 1976 (*RJ* 1976, 2921); de 14 de julio de 1982 (*RJ* 1982, 4238) o la de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684)]. En estos supuestos de falsa atribución de la representación de los copropietarios vendedores, la doctrina de manera mayoritaria entiende que la venta es nula por falta de consentimiento. En este sentido MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios a los artículos 392 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. V., vol. 2, Madrid, 1985, p. 397, señala que «es

cierto que en algunos casos la venta puede ser nula por falta de consentimiento, precisamente cuando se trate de una venta en la que los comuneros que no prestan el consentimiento sean partes. Así, cuando uno solo de los comuneros atribuyéndose la representación de los demás, vende sin que en verdad los demás le hayan conferido su representación». En igual sentido, LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa*, Madrid, 1994, p. 624, señala que «la compraventa no unánime de bienes de la herencia indivisa es nula de pleno derecho por falta de consentimiento cuando el coheredero que celebra el contrato lo hace a nombre y en representación de todos los partícipes, sin ostentar poder especial ni autorización legal para ello, lo que resulta del artículo 1259 del Código Civil». Véanse también PÉREZ GURREA, R., «La validez de la venta de la totalidad de una cosa común realizada por uno de los comuneros sin consentimiento de los demás: aplicación de la venta de cosa ajena a propósito de la STS de 28 de marzo de 2012», *RCDI*, núm. 734, noviembre 2012, p. 3569; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, núm. 2, p. 198, y en «La venta de cosa ajena», en *Estudios homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. V, Madrid, 1988, p. 512; CUENA CASAS, M., *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*, Barcelona, 1996, p. 416, y en «Reflexiones en torno a la venta de cosa ajena», *RCDI*, 1996, pp. 1433, nota 1 y 1473; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1994», *CCJC*, núm. 35, 1994, p. 440; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario a la STS de 14 de marzo de 1983», *CCJC*, núm. 2, 1983, pp. 470 y 471; CLEMENTE MEORO, M., «La comunidad hereditaria», en LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., MONTÉS PENADÉS, V. y ROCA I TRÍAS, E., *Derecho de Sucesiones*, Capilla Roncero, F. (coord.), Valencia, 1999, p. 589, que se refiere a la venta como nula por incompleta cuando un coheredero dice actuar en nombre y representación de los demás y resulta ser incierto.

Tampoco nos referiremos a aquellos otros casos en los que el copropietario se comprometió contractualmente a obtener el consentimiento de todos los demás copropietarios para la venta de la finca, o a adquirir antes del otorgamiento de la escritura pública las participaciones de los mismos en la propiedad de la finca vendida, en los que difícilmente se puede dudar de la validez del contrato [cfr. STS de 3 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 266)], en la que el vendedor era copropietario del 98,072% de la finca y se obligó a adquirir el porcentaje restante e inscribirlo a su nombre en el Registro de la propiedad antes del otorgamiento de la correspondiente escritura pública, momento en el que la compradora pagaría la parte de precio pendiente que quedó aplazada]. Sobre la cuestión, véanse ARANA DE LA FUENTE, I., «Comentario al artículo 397», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil comentado*, Vol. I, Madrid, 2011, p. 1580; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común realizada por uno solo de los comuneros sin el consentimiento de los demás», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, p. 257; PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. III, Valencia, 2013, p. 3269.

² La mayoría de la doctrina admite la posibilidad de anular el contrato de compraventa por error del consentimiento fundamentado en el desconocimiento del comprador de la ajenedad de la cosa y, con práctica unanimidad, los autores admiten la anulación del contrato por dolo del vendedor si es que este ha ocultado al comprador que no es propietario de la cosa que vende. En este sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, Valencia, 2009, p. 146, señala que «la venta de cosa ajena puede ser un contrato anulable por dolo del vendedor, que engaña al comprador sobre su titularidad, o por error sustancial y excusable del comprador, que la cree propia del vendedor, o nulo por constituir una actividad delictiva, como estafa, receptación, apropiación indebida u otras razones»; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena y evicción*, Barcelona, 1990, p. 29, afirma que en nuestro ordenamiento jurídico es posible que «el llamado error sobre la propiedad del vendedor (*error in dominio*) pueda ser un error que viciando el consentimiento produzca la posibilidad de

impugnar la venta de cosa ajena». Véanse también ALONSO PÉREZ, M., en las anotaciones a PIETROBON, V., *El error en la doctrina del negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 511; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, núm. 3, 1983, p. 725; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, Barcelona, 1994, pp. 190 y sigs.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 470; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», en *Revista Jurídica del Notariado*, 1992, núm. 3, p. 184; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», *ADC*, 1991, p. 1492; MERINO GUTIÉRREZ, A., «Venta de cosa ajena y venta de cosa ganancial», *La Ley*, 1995-1, p. 918; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1445 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Madrid, 1991, p. 189; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta. Venta de cosa ajena. Adquisición a non domino. Responsabilidad por evicción. (Comentario a la STS, Sala 1.ª, de 4 de marzo de 1988)», *ADC*, 1989, p. 1356. Por su parte, RUBIO GARRIDO, T., «Doble venta, venta de cosa ajena, el principio del título y modo y las adquisiciones a non domino. Buena fe ex artículo 1473», *ADC*, 1994, p. 282, afirma que «si el comprador desconoce la ajenidad de la cosa que compra () el contrato es anulable ex artículos 1265, 1266 y 1301 del Código Civil, siempre que la equivocada convicción del comprador sobre la titularidad del vendedor sea excusable (esencial es, por definición)»; el mismo autor en *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, Bolonia, 1993, p. 266, de modo mucho más discutible, (pues, a nuestro juicio, el interés del comprador ya habría quedado satisfecho), entiende que incluso aunque el comprador hubiera adquirido definitivamente la cosa vendida a título originario, si en el momento de contratar desconocía la ajenidad podría impugnar el contrato y solicitar su anulación.

Sin embargo, una parte de la doctrina, con diversos argumentos, discute la posibilidad de anular el contrato de compraventa por error del comprador cuando este desconoce la ajenidad de la cosa vendida; en este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Comentario al artículo 1445», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 888, dice: «como único límite a la validez de la venta de cosa ajena, cabe quizá citar el supuesto en el que medie engaño por parte del vendedor, que puede ser un caso de anulabilidad por intervenir dolo: artículo 1269 Código Civil (...) más dudoso es que, ignorando ambas partes la ajenidad de la cosa, se imponga la disciplina del error sobre la sustancia de la misma pues se superponen a aquella y la excluyen las normas sobre la resolución por incumplimiento (art. 1124 del Código Civil), y la posibilidad de pedir *id quod interest*, si la cosa no llega a entregarse, o el saneamiento por evicción, si el comprador es posteriormente privado de la misma, de acuerdo con el supuesto del artículo 1475 del Código Civil: y estos efectos (resolución, responsabilidad por el *id quod interest*, responsabilidad por evicción) presuponen la validez del contrato y se alcanzan, aunque se ignore la ajenidad de la cosa por una o las dos partes». Véanse también ALBALADEJO GARCÍA, M., «La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa», *RGLJ*, 1947, pp. 460 y sigs.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., «Compraventa y permuta», en LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, T. II. Vol. III, Barcelona, 1986, p. 27, que dice: «si el comprador actuó de buena fe y el vendedor de mala, parece difícil pretender la anulabilidad de la venta fundada en el error de aquel, dados los términos del artículo 1266 Código Civil y la jurisprudencia que lo ha interpretado —se muestran contrarios a ello GAYOSO, CASTÁN y ROCA SASTRE—. En cambio, parece más viable la anulabilidad por dolo (arts. 1260 y 1270)»; CUENA CASAS, M., —Reflexiones—, *op. cit.*, p. 1450, señala que «el poder de disposición del transmitente no afecta () al objeto del contrato y, por ende, constituye una cualidad no esencial de la compraventa», y en la p. 1451 afirma que no parece la vía correcta técnicamente subsumir la venta de cosa ajena en la figura del error; en el mismo sentido en *Función*, *op. cit.*, pp. 397 y sigs.

En cualquier caso, como advertimos al principio de esta nota, incluso los autores que no admiten la posibilidad de anular el contrato de venta de cosa ajena por error, admiten sin problemas la posibilidad de anularlo en caso de dolo del vendedor cuando este es consciente de la ajenidad de la cosa y oculta este dato maliciosamente al comprador. Por todos, véase CUENA CASAS, M., «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1457 y sigs.

³ Es muy frecuente que el comprador, en el proceso en el que se decide sobre la nulidad de la compraventa, solicite expresamente al tribunal que se declare la validez de la misma, al menos por la parte de los copropietarios que intervinieron en el contrato. Así ocurrió en los casos resueltos por las SSTs de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5589); de 7 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 4059); de 9 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 5684) o de 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9689).

Y, en cualquier caso, recuérdese que el artículo 1460 del Código Civil, para el caso de que la cosa vendida se hubiera perdido solo en parte, concede al comprador la posibilidad de optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando el precio en proporción al total convenido.

⁴ En este sentido, respecto del caso contemplado en la STS de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010, 2380) y a la transmisión del derecho de usufructo que tenía el comunero transmitente. FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010, 2380). Venta de bienes de hijos menores por sus padres sin autorización judicial. Venta de bienes comunes por comunero. Venta por usufructuario. Renuncia en perjuicio de terceros», *CCJC*, núm. 85, 2011 (*BIB* 2011, 38), p. 6, señala que «los compradores tenían derecho a poseer la vivienda por haberla adquirido del usufructuario, pues cuando este vende la cosa usufructuada, aunque no transmita la propiedad de la cosa (que no tiene), sí transmite el derecho a poseerla (que tiene)».

Llamativo también es el caso resuelto por la STS de 13 de noviembre de 2001 (*RJ* 2001, 9689). Cuatro de los cinco comuneros venden la finca que tenían en común, atribuyéndose uno de los comuneros la representación del que no intervino en el contrato. Por parte de este último se demanda a los compradores y a los comuneros vendedores y se solicita la declaración de nulidad absoluta del contrato. La sentencia de primera instancia declara la ineficacia parcial del contrato privado de compraventa respecto del actor y su parte indivisa de la finca. Esta sentencia es revocada por la de la Audiencia que declara nulo radicalmente el contrato de compraventa. La sentencia del Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación insistiendo en la «*indiscutible*» nulidad de la venta de la cosa común realizada por cuatro de los cinco comuneros.

⁵ Como señala LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común sin el consentimiento de todos los copropietarios», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11, 2013 (*BIB* 2012, 3481), p. 12, en esta sentencia se admite la validez obligacional de la venta pero «sin romper con la «doctrina general sobre la nulidad» de la compraventa que realiza uno de los condóminos sin el consentimiento de los demás». Como señala la autora (pp. 12 y 14), parece que el Tribunal Supremo reserva la posibilidad de declarar la validez del contrato de compraventa de cosa común celebrado por uno de los copropietarios a aquellos supuestos en los que el comprador «conoce que los bienes vendidos pertenecen en parte a alguien distinto del vendedor», con lo que, dadas las especiales características del supuesto excepcionado, en la práctica está confirmando la doctrina general de la nulidad de la venta de la cosa común por uno solo de los copropietarios (véase p. 15).

A nuestro juicio, el Tribunal Supremo se vio forzado a admitir la validez obligacional de la venta de las siete octavas partes indivisas de las fincas debido a que el copropietario de la octava parte indivisa, que fue el que interpuso la demanda solicitando la nulidad de la venta, en su escrito de oposición al recurso de casación indicó expresamente, como circunstancia sobrevenida, que «la parte ha consentido la compraventa parcial de la mercantil Nova Eliana, S. L. a favor de Convival, S. L., en cuanto a siete octavas partes de la finca», por lo que no tenía ningún sentido declarar la nulidad de la venta cuando el propio actor la reconocía como válida. Sin embargo, en esta sentencia de 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012,

5589), aunque el Tribunal declara la validez de la venta, advierte de que la regla general es la nulidad y solo por circunstancias especiales podría decretarse la validez. La sentencia señala: «la doctrina general sobre nulidad de la compraventa en el supuesto de enajenación por uno de los condóminos, sin el consentimiento de los demás, de la totalidad de la cosa objeto del condominio sufre, pues, una excepción cuando, atendiendo al objeto del contrato y a la intención de los contratantes, procede la aplicación de la dogmática de la compraventa de cosa ajena. La apreciación de esta excepción está subordinada, como se deduce de la jurisprudencia recogida, al estudio de las circunstancias del caso y a la consiguiente interpretación del contrato celebrado».

⁶ Como señala LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, pp. 5 y sigs., la posición del Tribunal Supremo no es clara, «pueden encontrarse sentencias que declaran la nulidad de la venta del bien común en el que no han intervenido algunos de los condueños y otras que proclaman su validez». En el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 395, señala que «la jurisprudencia en torno a estos negocios de disposición es bastante contradictoria y por otra parte en muchas ocasiones decide de modo demasiado radical cuestiones diversas con la fórmula excesiva de la nulidad absoluta»; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, p. 180, señala que el estudio de la jurisprudencia sobre el particular solo proporciona «impresiones contradictorias y muchas dudas». En parecidos términos se pronuncian LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, p. 148; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 66. Respecto a la jurisprudencia relativa a los efectos jurídicos de la venta por un coheredero de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria, PERTINEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012. Venta por un heredero de un bien perteneciente a la comunidad hereditaria sin consentimiento de los demás coherederos», *CCJC*, núm. 90, 2012 (*BIB 2012/2977*), afirma que es «extraordinariamente vacilante».

⁷ Con anterioridad pueden verse las sentencias de 10 de diciembre de 1966 (*RJ 1966, 378*); de 31 de enero de 1973 (*RJ 1973, 100*); de 14 de diciembre de 1973 (*RJ 1973, 4780*); de 26 de febrero de 1982 (*RJ 1982, 790*) y de 6 de febrero de 1984 (*RJ 1984, 576*), todas ellas dictadas como Magistrado Ponente por D. José Beltrán de Heredia y Castaño, que defendía la nulidad radical de la venta de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios por vulneración del artículo 397 del Código Civil. Esta, por otra parte, es la posición mantenida en su monografía *La comunidad de bienes en Derecho español*, Madrid, 1954.

⁸ Como señala RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 84, «la evicción parte del presupuesto de ser válido el contrato de venta (art. 1478.1 Código Civil), por lo que difícilmente podría justificarse la tesis mantenida en la sentencia». En el mismo sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, p. 201 advierte de que si la sentencia obliga al vendedor a responder por evicción «estamos hablando de una compraventa válida que genera unas obligaciones típicas, previstas por el ordenamiento», señalando a continuación que «no parece lógica ni aceptable esta confusa mezcla de nulidad y validez *inter partes* de la compraventa, también insinuada en la sentencia de 6 de diciembre de 1962, para una venta de cosa ajena simple, y en la sentencia de 21 de abril de 1971 para la enajenación por el coheredero de su posible cuota en la finca hereditaria, antes de la partición».

⁹ También declaran la validez de la venta realizada únicamente por alguno o algunos de los comuneros las SSTS de 5 de julio de 1958 (*RJ 1958, 2537*), referida a un supuesto de comunidad hereditaria en el que varios coherederos venden una finca sin el consentimiento de los restantes; de 27 de mayo de 1982 (*RJ 1982, 2605*), en la que una coheredera (de cinco sextas partes) vende un bien hereditario sin el consentimiento de la otra, que era titular del sexto restante; de 31 de enero de 1994 (*RJ 1994, 642*), en la que los dos herederos mayoritarios (de las ocho novenas partes) vendieron una finca sin el consentimiento de la restante coheredera. Declararon también la validez de la venta las SSTS de 13 de junio de 1970 (*RJ 1970, 2922*); de 14 de julio de 1982 (*RJ 1982, 4238*); de 8 de noviembre de 1983 (*RJ 1983, 6067*) y de 28 de mayo de 1986 (*RJ 1986, 2832*).

¹⁰ Como señala la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233), «la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTS 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603), 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5587), 25 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4082), 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8036), 30 de junio de 1993 (RJ 1993, 5358), 24 de julio de 1998 (RJ 1998, 6446) y 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689), así como también por la STS 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684), ya citada, en otro de sus fundamentos». También ARANA DE LA FUENTE, I., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 1580, entiende que «la doctrina que prevalece en la Sala 1.^a del Tribunal Supremo sanciona con la nulidad la venta por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil». En el mismo sentido, PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 3270, afirma que el «criterio de decisión mayoritario en la jurisprudencia consiste en declarar la nulidad de la compraventa» por diversas razones (falta de objeto, aplicación de los arts. 397 y 1261 del Código Civil, etc.).

¹¹ Como señala ARANA DE LA FUENTE, I., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 1577, tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria califican los actos de disposición jurídica como «alteraciones jurídicas» y los asimilan a los actos de alteración material regulados por el artículo 397». En idéntico sentido, PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 3267, advierte de que la doctrina mayoritaria «interpreta la expresión “alteración” en un sentido amplio, comprensivo de las alteraciones jurídicas». Véase también ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria sobre fundo indiviso en el Código Civil español*, Madrid, 2002, (consultado en vlex.com, donde aparece datado en el año 2006).

¹² ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria*, *op. cit.*, consultado en vlex.com, afirma: «el Tribunal Supremo —tributario durante años y todavía en la actualidad de las tesis de BELTRÁN DE HEREDIA— ha defendido en numerosas sentencias la tesis de la nulidad radical del acto dispositivo no unánime fundamentándose en el carácter imperativo del artículo 397 del Código Civil». En idéntico sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 174, señala que «para la extensión vulgarista de la aplicación del artículo 397 parece decisiva la defensa de la misma por BELTRÁN DE HEREDIA en su monografía sobre la comunidad de bienes, a partir de este momento los autores en general tienden a considerar incluidos en el artículo 397 los actos de disposición jurídica () el proceso de ampliación del ámbito originario de aplicación del artículo 397 en la jurisprudencia también es lento, parece decidirse a mediados de los años cincuenta, para cobrar cuerpo y fuerza en los años setenta». Véase también ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común», *op. cit.*, p. 258, nota 8.

En efecto, en su monografía *La comunidad de bienes en Derecho español*, en las pp. 279 y 280, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO afirma: «respecto a los actos de disposición de la cosa común, nuestro Código Civil contiene solamente un precepto, el artículo 397 () la palabra alteraciones está empleada aquí en un sentido amplio e impreciso, que comprende toda clase de actos de disposición, que se hagan sobre la cosa común, más allá del límite que a cada uno marca su propia cuota () dentro del término alteraciones, deben entenderse comprendidos dos clases de actos de disposición: Unos, denominados «actos de disposición jurídica», que modifican el uso y destino de la cosa común, limitando no solo su propio derecho, sino el de todos, como, por ejemplo, la constitución de un usufructo, o de una servidumbre, o de una hipoteca sobre la totalidad de la cosa. Y otros, los «actos de disposición material», o alteración en sentido estricto, que la doctrina extranjera suele denominar con el nombre de «innovaciones»».

¹³ Decisivos para la evolución de la doctrina han sido (y continúan siéndolo) sus comentarios a los preceptos reguladores de la comunidad de bienes «Comentarios a los artículos 392 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y*

Compilaciones Forales, T. V. Vol. 2, Madrid, 1985, y «Comentarios a los artículos 392 y sigs.», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce de León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1991 y 1993.

¹⁴ En este sentido, CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.), «*Comentarios al Código Civil*» y *Compilaciones Forales*, T. I, Vol. 1.º, Madrid, 1992, p. 819; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta de cuota y venta de cosa común por uno de los comuneros en la comunidad de bienes*, Pamplona, 1998, pp. 271 y sigs.; MURILLO VILLAR, A., *Disposición jurídica de la cuota y de la cosa común por uno de los condóminos*, Madrid, 2000, pp. 122 y 123; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común», *op. cit.*, pp. 266 y sigs.; GUILLÉN CATALÁN, R., «La moderna configuración de la venta de cosa común», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, pp. 281 y sigs.; LÓPEZ FRÍAS, A. M., La venta de un inmueble común, *op. cit.*, pp. 2 y sigs., señalando en la p. 4 que «la validez de la venta de la cosa común realizada por alguno (s) de los comuneros está fuera de duda, al menos desde la perspectiva de la doctrina actual»; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)», *op. cit.*, p. 5; ALONSO PÉREZ, M. T., «Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233). Venta de cosa común por los titulares de una cuota sin contar con el consentimiento de los titulares de las otra cuotas», *CCJC*, núm. 82, 2010 (*BIB 2010/45*), p. 7, señala que en la doctrina encontramos «una opinión bastante favorable a la validez del contrato de venta de cosa común por un comunero sin contar con el consentimiento de los demás»; PÉREZ GURREA, R., «La validez de la venta de la totalidad de una cosa común», *op. cit.*, p. 3562.

¹⁵ En ocasiones, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la compraventa por la «aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil», véanse la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233), y todas las por ella citadas.

¹⁶ En la doctrina consideran que el término «alteraciones» del artículo 397 del Código Civil incluye también los actos de disposición jurídica RODRÍGUEZ LÓPEZ, G., «Los actos dispositivos y de administración de los cotitulares y el Registro de la Propiedad. Especial referencia al arrendamiento», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, pp. 683 y 697, señalando en la p. 688 que «bajo el régimen de este artículo (el 397 del Código Civil) quedan incluidos todos los demás actos que excedan de la mera administración, y supongan transformación jurídica y/o material de la cosa común, disposición o enajenación de la misma»; CARUANA FONT DE MORA, G., «La comunidad hereditaria», en Reyes López, M. J. (dir.), *Comunidad de bienes*, Valencia, 2014, pp. 432 y 433, señalando en la p. 432 que «la enajenación supone una alteración, pues esta se ha entendido no solo a los actos materiales sino también de repercusión jurídica»; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, T. I, Madrid, 1999, p. 487, que dice: «son actos de alteración los que alteran la sustancia o forma esencial de la cosa, entre los que se encuentran los de disposición de la cosa sobre la que recae la comunidad»; DE COSSÍO CORRAL, A., *Instituciones de Derecho Civil*, T. II, Madrid, 1988, p. 120, que dice: «al hablarse de alteración de la cosa común, el Código, según tiene implícitamente admitido la jurisprudencia, por ejemplo, la sentencia de 9 de febrero de 1954, no solo comprende las alteraciones físicas o materiales, sino en general cualquier acto jurídico de disposición sobre la cosa»; REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Comentario a los artículos 1521 y sigs.», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce De León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. II, Madrid, 1993, p. 1010, señala que si se enajena el bien íntegramente «ello supondría contravención directa del artículo 397 dando lugar a un supuesto de nulidad»; ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil Español*, Vol. II, *Derechos Reales*, Madrid, 1985, p. 321, señala: «dentro de las alteraciones aludidas en el artículo 397 habrá que incluir en primer término los actos de disposición jurídica que se refieran a la totalidad de la cosa, ya que evidentemente alterarían el estado anterior»; AZPITARTE CAMY, R., «Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal», Separata de la *RDN*, enero/marzo, 1979, p. 119, que señala: «las «alteraciones de la cosa común» de que habla el artículo 397 del

Código Civil exigiendo la unanimidad de los condueños pueden ser alteraciones jurídicas, como son los actos de enajenación o gravamen, y pueden ser alteraciones físicas, como son los actos de transformación, las llamadas innovaciones». En el mismo sentido pueden verse ELÍAS MONDEJA, A., *La comunidad de bienes en la jurisprudencia y en la práctica*, Valencia, 1991, p. 56; MORA ALARCÓN, J. A., *Comunidades de bienes, sociedades civiles, fundaciones y asociaciones (aspectos civiles y fiscales)*, Madrid, 1996, p. 35.

¹⁷ La STS de 10 de diciembre de 1966 (RJ 1966, 378), de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, dispone: «se consumó el máximo acto de alteración de la cosa común “cual es la enajenación” por uno solo de los comuneros, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos por el artículo 397 del propio Código Civil». En el mismo sentido, la STS de 6 de febrero de 1984 (RJ 1984, 576), dictada por el mismo ponente, dice: «en cuya virtud los dos copropietarios lo eran de la totalidad de la finca, para cuya venta se requirió el consentimiento de ambos, según preceptúa el artículo 397, como acto máximo de carácter dispositivo»; la de 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 4894) señala: «el máximo acto de alteración de la cosa común es la enajenación de unos solos —de los comuneros—, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos, en cuanto es contrario a mandato expreso de exigencia de esa actividad consentidora unánime, conducente a la sanción de nulidad prevista en el número 3 de artículo 6 del Código Civil»; la de 23 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8041) establece: «por consiguiente, realizaron un acto dispositivo sobre el inmueble sin que concurriera la unanimidad de los copropietarios, como exige el artículo 397 del Código Civil; toda vez que una alteración jurídica en la cosa común requiere el consentimiento de todos los condóminos»; la STS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8233) afirma: «ha de estarse en orden a la enajenación del mismo a lo dispuesto en el artículo 397 del Código Civil () precepto ciertamente aplicable al caso según la doctrina jurisprudencial que requiere la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en esta, a que se refiere el artículo citado, no solo comprenden las de índole material sino también las jurídicas». Véanse también las SSTS de 3 de junio de 1995 (RJ 1995, 4596); de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059), o la STS de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684), que afirma: «La venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común, está prohibida por el artículo 397 del Código Civil».

¹⁸ Así, por ejemplo, citan y siguen la argumentación de la STS de 19 de diciembre de 1985, la STS de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059), que señala: «la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás. Es el criterio seguido por las SSTS de 19 de diciembre de 1985, 8 de julio de 1988, 25 de mayo de 1990, 23 de octubre de 1990, 30 de junio de 1993, 24 de julio de 1998 y 13 de noviembre de 2001, así como también por la STS de 9 de octubre de 2008, ya citada, en otro de sus fundamentos»; idéntico párrafo puede leerse en la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233). Por su parte, la STS de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684), tras referirse a la STS de 19 de diciembre de 1985 en su Fundamento de Derecho Primero, señala en el Segundo: «La venta, como negocio jurídico de disposición o alteración jurídica, de una cosa común, está prohibida por el artículo 397 del Código Civil y no cabe incardinarla en el supuesto de venta de cosa ajena, sino que se hace como propia y en perjuicio directo de los copropietarios, con sanción de nulidad absoluta como han afirmado sentencias de esta Sala».

¹⁹ Tras las aportaciones realizadas por el Profesor MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, pp. 383 y sigs., también son numerosos los autores que entienden que el artículo 397 del Código Civil se refiere exclusivamente a los actos de alteración o modificación material de la cosa, por lo que su presunta infracción no puede servir para declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico realizado por uno solo de los copropietarios, remitiendo al artículo 399 del Código Civil la regulación de los actos de disposición jurídica, sea sobre

la cuota sea sobre la cosa común. En este sentido, CAPILLA RONCERO, F., «La comunidad de bienes», en López y López, Á. y Montés Penadés, V. (coords.), *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, p. 400, afirma: «la norma (el artículo 397) se refiere a las alteraciones materiales sobre la cosa común. La jurisprudencia considera que se refiere también a las alteraciones «jurídicas» (básicamente actos de disposición) que pesan sobre la totalidad de la cosa; pero () de esa materia se ocupa el artículo 399, sobre la base del cual se llega a la misma conclusión: los actos de disposición que excedan del derecho individual del comunero y afecten a todos, requieren el consentimiento de todos»; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, pp. 174 y sigs.; ESTRUCH ESTRUCH, J., *Venta, op. cit.*, pp. 211 y sigs.; ATIENZA NAVARRO, M. L., «Venta de la cosa común», *op. cit.*, pp. 262 y sigs.

²⁰ También en el derecho romano se distinguía el régimen jurídico en cuanto a los actos de disposición jurídica y los actos materiales realizados sobre la cosa común. Así, FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., en las notas a WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette*, T. VI, Torino, 1925, p. 97, afirman: «se puede distinguir en general en el condominio la disposición jurídica de la cosa y la disposición material de la misma». Por su parte, BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. II, *La proprietà*, Roma, 1928, pp. 27 y 28, señala: «el lenguaje de las fuentes es diverso en cuanto a la disposición jurídica y a la disposición material de la cosa». Véase también BIONDI, B., *Voz «Comunione. Diritto romano»*, en AZARA, A. y EULA, E. (dirs.), *Novissimo Digesto Italiano*, T. III, Torino, 1957, p. 856.

En el derecho romano no se llegó a formular nunca de modo expreso la necesidad del consentimiento unánime para la enajenación de la cosa común porque resultaba indiscutible para los jurisconsultos que la enajenación del comunero solo afectaría a su cuota, sin que pudiera afectar a los derechos de los restantes comuneros (a diferencia de otros negocios jurídicos que por su carácter indivisible no pueden quedar limitados a la cuota del disponente, como la concesión de una servidumbre sobre el fundo común) y, por lo tanto, el comunero enajenante quedaría sometido a la responsabilidad derivada del ejercicio de las acciones de evicción que pudiera dirigir el comprador contra él, en este sentido, FADDA, C., BENSA, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette, op. cit.*, p. 99, señalan: «la cosa es tan intuitiva que nunca fue formulada directamente por los jurisconsultos de las Pandectas: resulta solo indirectamente de las decisiones en materia de evicción, porque si un comunero enajena sin el consentimiento de los otros comuneros, el tercer adquirente puede ser sometido a la evicción de estos y entonces ejercitar la acción *ex stipulatu* o la *actio ex empto* que lo garantizan de la evicción (en el derecho clásico también con la *actio auctoritas*) contra el comunero enajenante (L. 1. Dig. de ev. 21.2; L. 12 *eod.*)»; véase también BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, op. cit.*, p. 14.

En consecuencia, en el Derecho romano, en el que, por otra parte, era válida la venta de cosa ajena, nunca se dudó de la validez de la enajenación de la cosa común realizada por uno solo de los copropietarios ni, mucho menos, se estableció expresamente la nulidad de la misma.

Parece ser, incluso, que en el Derecho romano antiguo, para ciertas formas de copropiedad solidaria, se llegó a admitir que uno solo de los comuneros pudiera enajenar con efectos reales la cosa común. En este sentido, BISCARDI, A., «La genesi della nozione di comproprietà», *Labeo*, 1955, I, p. 158, señala que «podemos decir que el antiquísimo derecho romano conocía una forma de copropiedad solidaria () que era totalmente opuesta a la clásica *communio pro indiviso*, o sea esta figura que los juristas clásicos intentaban excluir diciendo «*duorum quidem in solidum dominium (...) esse non posse*» (D. 13.6.5.15): donde un solo comunero (*vel unus ex sociis*) manumitiendo al sirvo común le hacía adquirir la libertad, o mancipando una cosa perteneciente al *consortium*, transmitía al *mancipio accipiens* la propiedad de la entera cosa». Por su parte, BRETONE, M., «Consortium y comunio», *Labeo*, 1960, VI, p. 182, afirma: «de acuerdo con la casi totalidad de los estudios nosotros pensamos que cualquiera de los consortes estaba legitimado para realizar actos de disposición jurídica con plenos efectos frente a todos, y que se ha de rechazar la diversa opinión, según la cual el poder de disposición por entero no correspondía más que a un consorte particularmente cualificado, aquel de los consortes

que la colectividad hubiese elegido como administrador». Puede encontrarse más información en ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J. A., *Derecho romano, I, Parte general. Derechos reales*, Madrid, 1986, p. 272; GUARINO, A., *Diritto Privato romano*, Napoli, 1963, p. 420; LONGO, C., *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962, p. 63; PUGLIESE, G., SITZIA, F., y VACCA, L., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1992, p. 128; los mismos autores en *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino, 1994, pp. 321 a 325; D'ORS, Á., *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1983, p. 245; PUGLIATI, S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 198 a 201.

²¹ En este sentido puede verse SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho Civil III*, Madrid, edición de 1891, p. 190, y en la edición de 1900, p. 179, que afirma: «la facultad de transformar, que era una de las en que se descomponía el poder de libre disposición del dueño, está negada en el condominio, y no podrá hacer alteración alguna bajo pretexto o en razón de que la alteración fuese ventajosa», añadiendo en la p. 180 «y sin exagerar el sentido y alcance de la palabra alteraciones, no entendiéndose por tales cualquiera novedad que un condeño establezca en la cosa común, sino en cuanto pueda modificar y limitar, y, sobre todo, perjudicar la condición o disfrute de la misma por los demás». En SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil, comentado y concordado extensamente*, VII, Madrid, 1896, se afirma en la p. 266 que «alterar es cambiar la esencia o forma de una cosa (...) el Código limita a esto el precepto, a la alteración». En el mismo sentido, DONDERIS TATAY, L., *La copropiedad*, Madrid, 1933, pp. 131 y 132, que hace referencia al régimen establecido por Justiniano y en el que al comunero «no se le reconocía el poder jurídico de introducir innovaciones en la cosa común sin el concurso de los demás»; VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T II, Valladolid, 1910, p. 248, que utiliza la expresión «modificaciones», señalando: «y aun cuando dichas alteraciones se limiten a más o menos ligeras modificaciones que no varíen el objeto y uso a que se dedican, tampoco pueden realizarse si con ello se causa perjuicio a la comunidad o impide a los partícipes usarla según su destino». De la misma opinión participan PEDREIRA CASTRO, J. M., *El Código Civil a través de la Jurisprudencia*, I, Madrid, s. d., que se refiere en la p. 530 a «edificaciones» y «modificaciones»; COMAS, A., *La revisión del Código Civil español*, Madrid, 1902, pp. 115 y 116, que habla de la «integridad de la cosa común», y de mejoras; DÍAZ GUIJARRO, E. y MARTÍNEZ RUIZ, A., *El Código Civil interpretado por el Tribunal Supremo*, T. III, Bilbao, 1900, p. 193, que se refieren a «transformaciones». También creemos que BORRELL Y SOLER, A. M., *El dominio según el Código Civil español*, Barcelona, 1948, participa de esta opinión, y aunque en la p. 207 afirma que «la alteración de la cosa común no debe entenderse en un sentido exclusivamente material», lo cierto es que todos los ejemplos que pone a continuación se refieren a modificaciones de la forma de disfrute de la cosa común que van a repercutir directamente sobre los copropietarios, así habla de «destinar el piso de un casa a un fin que difiera notablemente del expresa o tácitamente convenido, constituye una alteración (...) si lo que se alquilaba para habitación se destinase a teatro, cine, salón de baile, taller que produzca ruido u otra notable molestia a los vecinos; a academia de música, especialmente de instrumentos de metal; si en un piso situado en un barrio de personas morigeradas se diese cobijo a sujetos de vida sospechosa o abiertamente inmoral, serían alteraciones». Como se ve, no se trata de actos de disposición jurídica sino más bien de actos que afectan al cambio de destino, disfrute o forma de uso de la cosa común. No obstante, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad*, op. cit., p. 282, en la nota 23, entiende que BORRELL Y SOLER incluye los actos jurídicos junto con los materiales en el término alteraciones del artículo 397 del Código Civil. Frente a esta opinión, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», op. cit., p. 174, nota 77, entiende, como hacemos nosotros, que BORRELL Y SOLER no incluye los actos de disposición jurídica en el término alteraciones del artículo 397 del Código Civil. Esta afirmación creemos que queda confirmada si acudimos a la obra de este último autor *Derecho Civil español*, T. II, *Derechos reales*, Barcelona, que se publicó en el año 1955, con posterioridad, por tanto, a la monografía de BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO

y, sin embargo, en la p. 145, al referirse a las alteraciones en la cosa común las equipara a «variaciones», incluyendo únicamente las actuaciones materiales, en concreto las «obras».

Entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la publicación del Código Civil, pueden verse las SSTs de 4 de abril de 1905 (JC 1905-2, t. 101, pp. 15 a 29); de 26 de enero de 1906 (JC 1906-1, t. 103, pp. 171 a 182); o de 30 de abril de 1935 (JC 1935-2, t. 218, pp. 675 a 696). En estas sentencias el Tribunal Supremo afirma que uno solo de los coherederos no puede disponer de cosas concretas de la herencia en tanto no se liquide la misma y se adjudiquen a cada uno de los coherederos bienes concretos y determinados. Sin embargo, las resoluciones no cuestionan la validez obligacional del negocio jurídico realizado por el comunero individualmente, ni mucho menos afirman su nulidad absoluta o radical por infracción del artículo 397 del Código Civil o de cualquier otra norma imperativa. Sobre la cuestión puede verse MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, pp. 203 y sigs.

²² Afirma BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad, op. cit.*, p. 265, que el Código Civil español se inspiró en materia de comunidad de bienes en el Código Civil italiano de 1865. Como señala el autor, nuestro Código «se aparta del Código Civil francés, que no regula la copropiedad, porque miró siempre con recelo a estas formas de propiedad indivisa, de corta duración, difíciles de regular en la práctica y condenadas a la división, con efectos declarativos, como si aquel estado de indivisión nunca hubiera existido». Véanse también MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 384; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 173. De igual modo, en la doctrina italiana, PACIFICI-MAZZONI, E., *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, Vol. III, Parte prima, Firenze, 1925, p. 513, señala: «el Código Civil español en esta materia es sustancialmente idéntico al nuestro () artículos 392 a 406».

El artículo 397 de nuestro Código Civil es idéntico al artículo 399 del Anteproyecto de 1882 (véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil Español*, Madrid, 1965, p. 134). En el Proyecto de 1851 no existía ningún precepto similar, limitándose a regular la comunidad de pastos entre vecinos de uno o más pueblos (véase el artículo 509 del Proyecto en GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, reimpresión de la edición de 1852, Zaragoza, 1974, p. 260). Tampoco se suscitó ninguna cuestión sobre la comunidad de bienes en los debates parlamentarios del Código Civil, salvo una intervención del diputado AZCÁRATE que señalaba que en vez de comunidad debería llamarse copropiedad (véase DE LOS MOZOS, J. L., HERRERO GUTIÉRREZ, R. y VALLEJO ÚBEDA, M. Á., *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, t. II, Madrid, 1989, p. 1678).

²³ El artículo 679 del Código Civil italiano de 1865 disponía: «Cada participante tiene la plena propiedad de su cuota y de los correspondientes frutos y utilidades. Pueden libremente enajenar, ceder o hipotecar esa cuota, y también sustituir a otro en el disfrute de la misma si no se trata de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que vendrá a corresponder al partícipe en la división».

²⁴ En este sentido, interpretan el término «innovaciones» como referido a los actos de alteración material sobre la cosa BORSARI, L., *Commentario del Codice civile*, vol. II, Napoli-Roma, 1872, p. 1040, que habla de construcciones y novaciones; BARASSI, L., *La comproprietà*, Pavia, anno scolastico, 1920-1921, pp. 425 a 430; RICCI, F., *Diritto Civile*, Vol. V, Torino, 1886, pp. 29 a 32; CATINELLA SCHIFANI, G., Voz «Comunione», en *Il Digesto Italiano*, Vol. III, Parte Terza, Torino, 1896-1899, p. 748; VITUCCI, Voz «Comunione», en *Nuevo Digesto Italiano*, XVI, Torino, 1938, pp. 552 y 553; STOLFI, N., *Il possesso e la proprietà*, Vol. II, Parte Prima, Torino, 1926, pp. 342 y 343; GRISOSTOMI, G., Voz «Condominio», en SCIALOJA, V. y BONFANTE, P., *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, Vol. II, Milano, s. d., p. 333; FADDA, C., BENSÀ, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette, op. cit.*, p. 169; DE RUGGIERO, R., *Introduzione alle scienze giuridiche e Istituzioni di Diritto Civile*, Napoli, 1911, p. 423, señala que «hacer innovaciones sobre la cosa significa modificar el uso al que se destina o alterar la esencia o transformar la naturaleza», no

obstante, parece que posteriormente amplía el significado del término innovaciones cuando en la página siguiente señala que «con carácter general deben entenderse por innovaciones cada acto sea de disposición sea de gestión, que modifique sustancialmente el estado de hecho o de derecho de la cosa, de tal manera que tras el mismo la cosa no pueda decirse que permanece como era antes». Entendemos que el autor se refiere a los actos de disposición jurídica que no puedan limitarse a la cuota del copropietario, como hace MESSINEO, F., *Istituzioni di diritto privato*, Padova, 1939, que en la página 282 afirma: «se requiere la unanimidad de las voluntades de los comuneros para decidir eficazmente innovaciones sobre la cosa (ej. conceder una servidumbre pasiva: 636)». No obstante, SIMONCELLI, V., *Istituzioni di Diritto Privato Italiano*, Roma, 1929, p. 181, diferencia expresamente la constitución de servidumbres sobre la cosa común (art. 636) de las innovaciones sobre la misma (art. 677), al igual que hace DUSI, B., *Istituzioni di Diritto Civile*, T. I, Torino, 1929, pp. 326 y 327.

²⁵ En este sentido, RICCI, F., *Diritto Civile, op. cit.*, p. 15, se pregunta: «¿debe entenderse la nulidad de la venta? No lo creemos». Por su parte, SALIS, L., *La comunione*, en Vassalli, F. (dir.), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. IV, T. II, Torino, 1939, p. 100, señala: «el contrato de disposición de la cosa común, estipulado por el comunero antes de la división puede considerarse válido en el límite de la cuota de copropiedad de la cual el enajenante es titular y puede disponer, por el resto debe considerarse venta de cosa ajena». Véanse también VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, pp. 549 y 550; FADDA, C., BENSÀ, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette, op. cit.*, p. 165; COVIELLO, L., «La quota indivisa ed il divieto di espropriazione forzata», *Giur. It.*, 1903, IV, p. 234, que afirma: «no se puede dudar que para el derecho romano el comunero pudiera enajenar no solo su cuota de copropiedad, saliendo así de la comunidad y poniendo a otro en su lugar, sino también un bien singular de la comunidad, en cuanto que también la venta de cosa ajena era válida. De ello no duda tampoco el derecho austríaco, así RANDA escribe: «si el copropietario enajena la cosa entera, la venta tiene efecto por la parte ideal de él, en cuanto a las otras partes la venta no es nula, más bien el vendedor responde respecto al otro contrayente como en la venta de cosa ajena».

²⁶ El precepto disponía: «La venta de cosa ajena es nula: puede dar lugar al resarcimiento de los daños, si el comprador ignoraba que la cosa era ajena. La nulidad establecida en este artículo no se puede nunca alegar por el vendedor».

²⁷ En este sentido, PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione dei beni nel Codice Civile italiano*, Torino, 1925, p. 196, afirma: «en verdad, el comunero que vende una cosa común no vende cosa completamente ajena»; VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, p. 553, dice: «la hipótesis del artículo 1459 es profundamente diversa a esta que nos ocupa: allí al vendedor no le corresponde ningún derecho sobre la cosa, aquí, por el contrario, como puede suceder que al comunero enajenante nada le corresponda en el acto de división, igualmente puede ocurrir que toda la cosa venga asignada a él». En parecido sentido, VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, vol. II, Torino, 1889, p. 499, después de advertir de que si se aceptara la nulidad de esta venta se podría decretar la nulidad aun en el caso de que el comprador finalmente adquiriera por entero el dominio de la cosa que le vendió el copropietario, concluye: «este sistema parece erróneo e inaceptable. ¿Cómo se puede decir que el comunero ha vendido una cosa ajena cuando, mientras dure la indivisión, cada coparticipante tiene un derecho indiviso, y cuando, por efecto de la división, la cosa entera puede venir a pertenecer al coheredero vendedor?». GRISOSTOMI, G., Voz «Condominio», *op. cit.*, p. 332, refiriéndose a la enajenación de una cosa concreta perteneciente al patrimonio común, señala: «en esta hipótesis la enajenación no es nula, y mal se invocaría para establecer la nulidad al artículo 1459, que declara la nulidad de la venta de cosa ajena». Véase también BARASSI, L., *La comproprietà, op. cit.*, pp. 423 y 424.

²⁸ Con total claridad, BRANCA, G., «Comentario a los artículos 1100 y sigs.», en SCIALOJA, A. y BRANCA, G., *Commentario del Codice Civile*, Bologna-Roma, 1982, p. 142, afirma: «¿después de la venta el contrato tiene la eficacia parcial de transmitir al comprador el derecho de comunidad que tenía el enajenante? Se respondía afirmativamente bajo el viejo Código». En idéntico sentido RAMPONI, L., *Comunione di proprietà o comproprietà*, en

Diritto Civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza, Torino-Napoli, 1922, p. 1081, cuando se refiere a la posibilidad del comprador de adquirir la cosa común vendida, tanto por usucapión extraordinaria como ordinaria (pues, evidentemente, se parte de la validez de la venta realizada por uno solo de los comuneros), advierte expresamente que: «debe entenderse en cada caso: la prescripción adquisitiva de las cuotas no pertenecientes al enajenante o constituyente, siendo la cuota de este válidamente adquirida por la fuerza del título». En la p. 1079 dice: «el comunero que a título oneroso ha enajenado la cosa común () debe garantizar el saneamiento por evicción al adquirente de la propiedad o de otro derecho real. La cual le priva de parte del objeto del derecho adquirido () cuando los otros comuneros han reivindicado sus cuotas (caso de evicción parcial)». Véanse también VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, op. cit., pp. 505, 506 y 508; PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, op. cit., p. 195; VITUCCI, Voz «Comunione», op. cit., p. 553; SALIS, L., *La comunione*, op. cit., p. 105, nota I; RICCI, F., *Diritto Civile*, op. cit., p. 17.

²⁹ También la STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5682) utiliza la misma expresión («añeja tradición») para referirse a la interpretación de la expresión «alteraciones en la cosa común» como comprensiva no solo de los actos materiales sino también de aquellos que tienen repercusión jurídica.

³⁰ En este sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», op. cit., p. 174, afirma: «la primera jurisprudencia y los primeros comentaristas del Código Civil consideraron al artículo 397 como referido exclusivamente a las alteraciones materiales de la cosa común () Para la extensión vulgarista de la aplicación del artículo 397 parece decisiva la defensa de la misma por BELTRÁN DE HEREDIA en su monografía sobre la comunidad de bienes, a partir de este momento los autores en general tienen a considerar incluidos en el artículo 397 los actos de disposición jurídica (...) el proceso de ampliación del ámbito originario de aplicación del artículo 397 en la jurisprudencia también es lento, parece iniciarse a mediados de los años cincuenta, para cobrar cuerpo y fuerza en los años setenta».

³¹ Diccionario de la Lengua de la Real Academia, vigésima segunda edición. El resto de acepciones del verbo alterar son las siguientes: «2. Perturbar, trastornar, inquietar. U.t.c. prnl. 3. Enojarse, excitar. U.t.c. prnl. 4. Estropear, dañar, descomponer. U.t.c. prnl».

³² Recuérdesse que SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil*, op. cit., p. 266, afirma que «alterar es cambiar la esencia o forma de una cosa (...) el Código limita a esto el precepto, a la alteración». Véase la nota 21 de este trabajo.

³³ Diccionario de la Lengua de la Real Academia, vigésima segunda edición.

³⁴ En este sentido, el propio BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad*, op. cit., p. 279, señala que «la palabra alteraciones está empleada aquí en un sentido amplio e impreciso, que comprende toda clase de actos de disposición, que se hagan sobre la cosa común, más allá del límite que a cada uno marca su propia cuota». Y es que, como señala MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», op. cit., p. 172, «desde un plano exclusivamente conceptual parece evidente que la identificación de los negocios jurídicos de disposición con simples alteraciones materiales no es correcta e inatacable, no es un modelo de *elegantia iuris*, más bien parece un vulgarismo, que confunde categorías jurídicas perfectamente diferenciadas».

³⁵ Afirma DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T. I, reimpresión, Madrid, 1984, p. 468 y nota 6, que «no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición () las palabras del legislador deben ser entendidas en su sentido gramatical y genuino mientras que no conste que no quiso emplearse en otro, S. 4 de marzo de 1929. En este sentido, *in re dubia melius est verbis edictis servire*, D. 14, 1, 1, § 20».

³⁶ El artículo 679 del Código Civil italiano de 1865 disponía: «Cada participante tiene la plena propiedad de su cuota y de los correspondientes frutos y utilidades. Pueden libremente enajenar, ceder o hipotecar esa cuota, y también sustituir a otro en el disfrute de la misma si no se trata de derechos personales. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca se limita a la parte que vendrá a corresponder al partícipe en la división».

La última frase del artículo fue añadida por el legislador italiano de 1865 al § 829 del Código Civil austríaco, que fue el modelo que tomó para la redacción del precepto. Como se ve, en esta última frase, de modo expreso, el legislador limita los efectos de la enajenación que hubiera realizado el partícipe a la «parte que le vendrá a corresponder en la división». Por esta razón la doctrina italiana entendía que el precepto se refería no solo a la enajenación o cesión de su cuota, sino también al supuesto en el que el comunero enajenara más derechos de los que fuera titular sobre la cosa común, pues no tendría sentido dicha limitación de los efectos de la enajenación si el comunero se hubiera limitado a enajenar o ceder su cuota de propiedad. En este sentido, PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 197, afirma: «El artículo 679 no excluye que se pueda vender un bien inmueble común () solo limita el efecto de la enajenación a aquella porción que corresponderá al comunero en la división»; y en la p. 195 continúa afirmando: «puede ocurrir que la venta o cesión hecha por el comunero al tercero, extraño a la comunidad, no se refiera a una cuota abstracta de la cosa común, por ejemplo un cuarto o un quinto de la misma, sino que sea una cosa específicamente determinada, por ejemplo el fundo A, la casa B»; en idéntico sentido, VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, p. 494, afirma: «por lo tanto no puede admitirse que a uno de los comuneros se le impida vender en especie cosas o bienes concretos de la comunidad»; BARASSI, L., *La comproprietà*, *op. cit.*, p. 305; BORSARI, L., *Commentario*, *op. cit.*, p. 1046; COVIELLO, L., «La quota indivisa», *op. cit.*, p. 235.

Entendemos, por tanto, que esta es también la interpretación que debe darse a la última frase del artículo 399 del Código Civil, precepto que proviene directamente del artículo 679 Código Civil italiano de 1865. DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Pamplona, 2009, pp. 1033 y 1034, afirma que, en la última frase, el precepto parece admitir lo que podría denominarse «cesión del derecho», esto es, supuestos en los que lo que se vende no es la cuota sino la porción que se le adjudicará al transmitente en la división de la cosa común. Sin embargo, tampoco en este tipo de negocios de cesión de los derechos que en un futuro se adjudicarán al copropietario entendemos que sería necesaria la limitación de los efectos de la enajenación que establece el precepto, pues no habría nada que limitar si no hubo exceso de disposición, máxime si se tiene en cuenta que en estos negocios (en los que el tercero no entra a formar parte de la comunidad) la atribución al tercer adquirente se realizará necesariamente después de la división de la cosa común, por lo que no es necesario que el precepto establezca la limitación de los efectos frente a los otros copropietarios, ya que la concreción del negocio jurídico de cesión se produce necesariamente una vez hecha la división de la cosa común que, por otra parte, deberá realizarse con la participación de todos ellos y del tercero (cfr. arts. 402 y 403 del Código Civil).

³⁷ Como hemos visto, también la doctrina italiana referida al artículo 679 del Código Civil de 1865 entendía que el negocio jurídico extralimitado realizado por uno de los copropietarios era válido. En este sentido, SALIS, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 100, señala: «el contrato de disposición de la cosa común, estipulado por el comunero antes de la división puede considerarse válido en el límite de la cuota de copropiedad de la cual el enajenante es titular y puede disponer, por el resto debe considerarse venta de cosa ajena». Véanse también VITUCCI, Voz «Comunione», *op. cit.*, pp. 549 y 550; FADDA, C., BENSÀ, P. E. y BONFANTE, P., *Diritto delle Pandette*, *op. cit.*, p. 165; COVIELLO, L., «La quota indivisa», *op. cit.*, p. 234; RICCI, F., *Diritto Civile*, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ Como señala GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria de servidumbres en el derecho español*, Madrid, 1984, p. 97, nota 209, «hablar de una servidumbre sobre la cuota del condómino concedente no tiene sentido porque, si bien es imaginable la propiedad sobre la cuota o un usufructo o hipoteca sobre la misma, no lo es una servidumbre ante las especiales características de este derecho real». En igual sentido, MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, III, Madrid, 1952, p. 638; GRECO, F., «Comentarios a los artículos 1100 y sigs.», en PESCATORE, G., ALBANÓ, R. y GRECO, F., *Commentario del Codice Civile*, Libro III, T. 3.º, Torino, 1958, p. 48, que dice: «la constitución de una servidumbre sobre la cuota no es concebible en cuanto que el ejercicio del derecho exige el

sometimiento de toda la cosa». Véanse también FEDELE, A., *La comunione*, en GROSSO, G. y SANTORO-PASSARELLI, F., *Trattato di diritto civile*, vol. III, Fas. V, Milano, 1967, p. 268; RICA-BARBERIS, M., «La servitù riconosciuta o costituita da uno dei comproprietari», *Foro it.*, 1957, IV, p. 15.

³⁹ Sobre la norma puede verse ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria*, *op. cit.*, consultado en vlex.com, que defiende que el precepto es el único que se refiere a los actos de disposición jurídica sobre la cosa común, propugnando el cambio de ubicación sistemática del artículo, para situarlo en el Título *De la comunidad de bienes*, y la aplicación generalizada del mismo a «cualquier negocio dispositivo que, teniendo por objeto la cosa común, fuere realizado por uno solo de los copropietarios».

⁴⁰ De igual modo, en el derecho romano tampoco se consideró nula la concesión de servidumbre hecha por uno solo de los comuneros sino que, por el contrario, se le atribuyeron algunos efectos (l. 11. Dig., De servit. praed. (VIII-3) y L. 18, Dig. Comm. praed. (VIII-4). Sobre la cuestión pueden verse PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 235; VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, p. 547.

El artículo 597 del Código Civil es prácticamente idéntico al artículo 636 del Código Civil italiano de 1865, que disponía: «*La servidumbre concedida por uno de los copropietarios de un fundo indiviso, no se entiende establecida y realmente gravada hasta que los otros la hayan también concedido, unitaria o separadamente. La concesión hecha por cualquier título por un comunero permanece suspendida en tanto que se produzca la del último. Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios independientemente de los otros obliga no solo al concedente sino también a sus sucesores incluso a título particular y causahabientes a no impedir el ejercicio del derecho concedido*». En la actualidad, el artículo 1059 del Código Civil italiano de 1942 se expresa en términos muy parecidos. La doctrina italiana, referida tanto al Código de 1865 como al actual, siempre ha considerado válida la concesión realizada por uno solo de los comuneros. Así, respecto del Código de 1865, pueden verse BARASSI, L., *La comproprietà*, *op. cit.*, p. 424, que afirma rotundamente que la servidumbre constituida unilateralmente «no es nula»; BIONDI, B., *Las servidumbres*, con anotaciones de GONZÁLEZ PORRAS, J. M., Madrid, 1978, pp. 322 y 323; PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 235; VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, pp. 547 y 548; BORSARI, L., *Commentario*, *op. cit.*, p. 1044; RAMPONI, L., *Comunione di proprietà*, *op. cit.*, p. 1073. Respecto del Código de 1942 pueden verse FRAGALI, M., *La comunione*, en CICU, A. y MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Vol. XIII, T. II, Milano, 1978, p. 475; BURDESE, A., *Servitù prediali*, en GROSSO, G. y SANTORO-PASSARELLI, F., *Trattato di diritto civile*, Milano, 1960, p. 65.

⁴¹ Los autores que han estudiado el precepto no plantean ninguna duda sobre la validez del negocio jurídico de concesión de servidumbre sobre la cosa común realizado por uno solo de los copropietarios. Véanse CUADRADO IGLESIAS, M., «Comentario al artículo 597», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., BERCOVITZ, R. y SALVADOR CODERCH, P., T. I, Madrid, 1993, pp. 1510 y 1511; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria*, *op. cit.*, p. 97; ZAHINO RUIZ, M. L., *La constitución de servidumbre voluntaria*, *op. cit.*, consultado en vlex.com, que afirma: «la concesión de servidumbre realizada por uno o algunos copropietarios se configura en el artículo 597 del Código Civil como un acto válido al que se le atribuye eficacia personal, de forma que la propia atribución de efectos confirma su validez»; KARRERA EGIALDE, M. M., «Comentario al artículo 597», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Madrid, 2011, p. 2318; REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Constitución por negocio jurídico», en Rebolledo Varela, Á. L. (dir.), *Tratado de Servidumbres*, t. I, Pamplona, 2013, p. 154. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al artículo 597», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. IV, Valencia, 2013, p. 4589, entiende que el negocio constitutivo otorgado por uno solo de los copropietarios podría ser considerado justo título para la usucapión ordinaria.

⁴² Sobre la producción de estos efectos pueden verse ROCA JUAN, J., «Comentarios a los artículos 594 a 599», en Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII. Vol. 2.º, Madrid, 1990, pp. 260 y 261; CUADRADO IGLESIAS, M., «Comentario al artículo 597», *op. cit.*, p. 1512; KARRERA EGIALDE, M. M., «Comentario al artículo 597», *op. cit.*, p. 2319; BUSTO LAGO, J. M., «Comentario al artículo 597», *op. cit.*, p. 4585; PÉREZ RAMOS, C., «Constitución de servidumbres mediante título voluntario», en Cerdeira Bravo De Mansilla, G. (dir.), *Tratado de Servidumbres*, Madrid, 2015, p. 380.

⁴³ Atribuyendo idénticos efectos al acto de concesión de servidumbre sobre el fundo indiviso por uno de los comuneros, la Ley 372 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra señala en su segundo párrafo: «Para que se pueda constituir una servidumbre u otro derecho indivisible, se requerirá la disposición unánime de todos los condueños, pero la constitución parcial obliga al que la hace a tolerar el ejercicio de hecho del derecho que quiso constituir. En este caso, el adquirente que no consiga la constitución por parte de los otros copropietarios podrá pedir la resolución del contrato. Si el copropietario constituyente llegare a ser propietario de la cosa entera, o de la parte realmente gravada por aquel derecho, el adquirente del mismo podrá exigir la constitución total, mediante complemento del precio, si procede».

⁴⁴ Incluso GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *La constitución voluntaria*, *op. cit.*, pp. 96 y 100 entiende que la concesión unilateral de la servidumbre sobre el fundo indiviso obligará al concedente a intentar obtener el consentimiento de los restantes copropietarios. No piensa del mismo modo REBOLLEDO VARELA, Á. L., «Constitución por negocio jurídico», *op. cit.*, p. 157.

En cualquier caso, como señala FRAGALI, M., *La comunione*, *op. cit.*, p. 477, «la obligación de no impedir el ejercicio de la servidumbre contiene también la de no provocar el rechazo de los otros participantes a la constitución del derecho, que es un modo indirecto de oponerse al ejercicio del derecho concedido». De igual modo, BIONDI, B., *Las servidumbres*, *op. cit.*, p. 330, señala que la concesión obliga al concedente y a sus herederos «a no poner impedimentos al ejercicio del derecho concedido».

⁴⁵ Sobre la cuestión pueden verse PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, pp. 235 y 236; VITALEVI, M., *Comunione dei beni*, *op. cit.*, pp. 549 a 551; FRAGALI, M., *La comunione*, *op. cit.*, p. 478; RICCI, F., *Diritto Civile*, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ En este sentido, PATERNO-CASTELLO DI BICOCCA, L., *La comunione*, *op. cit.*, p. 237, dice: «si al comunero concedente le correspondiese solo en parte el fundo sobre el que se constituyó la servidumbre, es necesario indagar si el ejercicio de la misma es posible en aquella parte atribuida al concedente, considerando la naturaleza de la servidumbre y las condiciones del lugar». En el mismo sentido, FRAGALI, M., *La comunione*, *op. cit.*, p. 478; COVIELLO, L., «La quota indivisa», *op. cit.*, p. 236.

⁴⁷ Como señala CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 818, el artículo 397 del Código Civil no contiene una norma prohibitiva que conlleve la nulidad del artículo 6.3.º, sino que se trata de una norma que declara «ineficaz para un tercero un acto por el que, sin su consentimiento, se dispone de intereses que le pertenecen».

⁴⁸ Como señala ASUA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario al artículo 6», en Cañizares Laso, A., De Pablo Contreras, P., Orduña Moreno, J. y Valpuesta Fernández, R. (dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, Madrid, 2011, p. 84, en el artículo 6.3 del Código Civil no se han de considerar incluidos «hechos y actos humanos corporales o puramente materiales por mucho que resulten ilegales (tales actos podrán no producir determinados efectos jurídicos o incluso desencadenar sanciones, pero no serán nulos)».

Y, en cualquier caso, difícilmente se admitiría que el propio comunero que realizó unilateralmente la alteración material en la cosa común posteriormente “y en cualquier tiempo” pudiera alegar frente al resto de copropietarios la nulidad de la alteración que él mismo realizó e imponer a los copropietarios la vuelta a la situación material anterior que, en definitiva, sería otra alteración de la cosa común.

⁴⁹ En este sentido, por ejemplo, la STS de 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 4894), señala: «el máximo acto de alteración de la cosa común es la enajenación de unos solos “de los comuneros”, en contra de la exigencia de unanimidad requerida para esta clase de actos, en cuanto es contrario a mandato expreso de exigencia de esa actividad consentidora unánime, conducente a la sanción de nulidad prevista en el número 3 de artículo 6 del Código Civil».

⁵⁰ Así, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 2001, p. 535, dicen: «pero no todo negocio contrario a una disposición legal lleva consigo la nulidad absoluta. Ha declarado la jurisprudencia en tal sentido que cuando falte en la disposición contrariada una declaración expresa sobre la nulidad o validez es donde el juzgador debe extremar su prudencia, en uso de las facultades discrecionales que hasta cierto punto se le conceden, analizando para ello: la índole y finalidad del precepto contrariado, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, si la levedad del caso así lo aconseja, o su nulidad, si median trascendentales razones que patenten el acto como gravemente contrario a la moral, la ley o el orden público». Véase en este sentido la conocida STS de 17 de octubre de 1987 (RJ 1987, 7293). Sobre la cuestión pueden verse GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario al artículo 6», en Paz-Ares Rodríguez, C., Díez-Picazo y Ponce De León, L., Bercovitz, R. y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993, p. 36; PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 6.3», en *Jurisprudencia Civil Comentada*, Pasquau Liaño, M. (dir.), T. I, Granada, 2009, pp. 68 y sigs., que señala cómo la jurisprudencia ha reducido la «generalidad y automatismo» en la aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, refiriéndose en la p. 73 a la «flexibilización del régimen y consecuencias de la nulidad en atención a la finalidad e intereses protegidos por la norma»; ASUA GONZÁLEZ, C. I., «Comentario al artículo 6», *op. cit.*, p. 83.

⁵¹ Sobre las consecuencias que produce la declaración, en todo caso, de la nulidad del acto de disposición no unánime realizado por alguno de los copropietarios, véanse MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 424 y CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, pp. 819 y 820.

⁵² En cuyo caso se aplicaría el artículo 408.2 LEC, que dispone: «2. Si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al Secretario judicial contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvencción, y así lo dispondrá el Secretario judicial mediante decreto».

⁵³ Sobre esta cuestión, véase la STSJ de Navarra de 5 de septiembre de 2011 (RJ 2012, 4785).

⁵⁴ Véanse GARCÍA CANTERO, G., «Del retracto legal. Comentarios a los artículos 1521 y sigs. del Código Civil», en Albaladejo García, M. y Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XIX, Madrid, 1991, pp. 634 y 681; BARBER CARCAMO, R., *El retracto gentilicio*, Madrid, 1991, p. 331; REBOLLEDO VALERA, Á. L., «Comentario», *op. cit.*, p. 1016; BELLO JANEIRO, D., *El retracto de comuneros y colindantes del Código Civil*, Pamplona, 1995, p. 118, nota 97; el mismo autor, en «Comentario a la STS de 8 de junio de 1995», *CCJC*, núm. 39, 1995, p. 1131; y en *El plazo de la acción de retracto legal*, Valencia, 1995, p. 50; SAURA MARTÍNEZ, L. F., *Cómputo del plazo del retracto de colindantes*, Madrid, 1991, pp. 14 y 15; COBACHO GÓMEZ, J. A., «El plazo para el ejercicio del retracto de comuneros (Comentario a la STC 54/1994, de 24 de febrero)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3, 1994, p. 281; RUBIO GIMENO, G., *El derecho litigioso: cesión y retracto*, Madrid, 1995, p. 191; GÓMEZ CALERO, J., «Notas sobre el retracto de comuneros en el Código Civil español», *RDP*, 1963, p. 780; FIGA FAURA, L., «El retracto legal en la compraventa de inmuebles con precio aplazado», *RDP*, 1948, p. 880; GARCÍA AMIGO, M., «Derechos reales de adquisición. (Notas para una teoría general)», *RDP*, 1976, p. 128; SANTOS BRIZ, J., «Derechos reales de adquisición o preferencia en la práctica jurídica española», *RDP*, 1971, p. 350. No obstante, DÍEZ SOTO, C. M., *Ejercicio y efectos*

de los tanteos y retractos legales, Madrid, 2000, pp. 83 y sigs., entiende que es suficiente la perfección del negocio jurídico con finalidad transmisiva para poder ejercitar el retracto.

⁵⁵ En este sentido, MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 176, afirma que «la solución de la nulidad radical de la venta aislada es discutible, aunque admitiéramos, guiados por su tenor literal, el carácter de norma prohibitiva del artículo 397 del Código Civil, pues aun existiendo una norma prohibitiva su infracción no tendría que acarrear automáticamente la nulidad de pleno derecho». Y es que, como señala CARRASCO PERERA. Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 819, «es un error considerar que es «nula» la venta de cosa ajena o de cosa común (por uno solo de los condueños) (...) predicar la nulidad en estos casos lleva a resultados inadmisibles. Siendo «nulo de pleno derecho», la persona interesada no podría confirmar posteriormente, lo que carece de sentido si el acto confirmado le beneficia. Además, podría pedir entonces la nulidad cualquier parte en el contrato, incluso aquella parte que estaría obligado a garantizar a la otra la posesión útil de la cosa y que, acaso, sea la culpable de la causa de nulidad () todo ello sin contar, además, con que la nulidad impediría que pudiera usucapir ordinariamente nadie que compre cosa que no pertenece al vendedor, por aplicación del artículo 1953 del Código Civil (que requiere la validez del título)».

⁵⁶ En este sentido, la STS de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2276), que ha reconocido la validez de la venta de la cosa común realizada por algunos de los comuneros y la limitada eficacia real de la misma a las cuotas de los copropietarios intervinientes en el negocio jurídico, hace referencia al principio de conservación de los contratos para justificar la validez del negocio jurídico.

⁵⁷ Así, por ejemplo, la STS de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059), señala: «la solución generalmente adoptada por esta Sala en sus sentencias de las últimas décadas coincide con la de la sentencia de primera instancia de este litigio, es decir nulidad de la compraventa por aplicación combinada de los artículos 397 y 1261 del Código Civil al implicar la disposición de la cosa común por uno solo de los partícipes una alteración que requeriría el consentimiento de los demás». Con idénticos términos se pronuncia la STS de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233).

⁵⁸ En idéntico sentido se pronunció la STS de 10 de diciembre de 1966 (RJ 1966, 378), referida igualmente a un traspaso de local realizado por uno solo de los coarrendatarios. La sentencia dice: «está evidenciando la celebración de un contrato en el que no existe el consentimiento de todos los que jurídicamente deben prestarlo, incidiendo en el supuesto de inexistencia del artículo 1261, ya que no median todos y cada uno de los requisitos indispensables para que pueda tener virtualidad jurídica, no habiendo tampoco constancia de que haya tenido lugar, con posterioridad, la ratificación permitida en el artículo 1259». También declararon la nulidad del negocio jurídico realizado por uno de los comuneros sobre la cosa común por falta de consentimiento las SSTs de 26 de febrero de 1982 (RJ 1982, 790) y de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603).

⁵⁹ Como dice MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 167, «la falta del consentimiento del propietario en la venta de cosa ajena, o el del copropietario en la venta de cosa común, no afecta a la validez del contrato, consentido por el comprador y vendedor, afectará, eso sí, a los efectos traslativos de la compraventa, pues nadie puede disponer de lo que no tiene». Véase el mismo autor en «La venta de cosa ajena», *op. cit.*, p. 512. Con total claridad, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 397, dice que «es evidente, y demasiado elemental para tener que recordarlo, que el consentimiento al que se refiere el artículo 1261 es el de las partes contratantes». En el mismo sentido pueden verse PÉREZ DE CASTRO, N., «Comentario a la STS de 28 de marzo de 1990», *CCJC*, núm. 23, 1990, p. 569; RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La Comunidad post-ganancial*, Barcelona, 1997, pp. 101 y 102; CUENA CASAS, M., *Función*, *op. cit.*, p. 415; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ Véanse CARRASCO PERERA. Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 818 y RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La comunidad*, *op. cit.*, pp. 107 y 108.

⁶¹ En este sentido, la STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7872) afirma: «*Tal contrato produce efectos únicamente entre las partes y sus causahabientes, careciendo de efectos frente a terceros, es decir, estos no pueden sufrir ninguna carga ni obligación ni ser privados de cualquier derecho por medio de un contrato en el que no han sido partes, ni por sí ni estando representados (arts. 1257 y 1259 del Código Civil). En esta situación se encuentra el copropietario del chalet que no ha sido demandado, pues ni dio poder, ni fue parte en el contrato litigioso. Así las cosas, no hay ninguna obligación de demandarlo cuando una de las partes del contrato demanda a la otra para que lo cumplan. La sentencia que se dictare ni puede absolverle ni condenarle, en tanto no es parte en la relación jurídica controvertida. Afirmar lo contrario, como hacen las sentencias de instancia, supondría que se impondría al tercero nada menos que la carga de litigar para demostrar lo que es evidente de por sí: que nada tiene que decir sobre lo que se debate por estar fuera de un contrato que para él es «res inter alios acta». En consecuencia, la relación jurídico-procesal estuvo bien constituida por la demanda del actor y hoy recurrente».*

⁶² También la STS de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059) hace referencia a la STS de 9 de mayo de 1980 (RJ 1980, 1790), que decretó la nulidad de la compraventa por falta de objeto.

⁶³ En idéntico sentido puede verse la STS de 8 de julio de 1988 (RJ 1988, 5682). También las SSTS de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059) y de 23 de junio de 2009 (RJ 2009, 4233) se refieren a la doctrina de la STS de 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603).

⁶⁴ Con total claridad, el artículo 1303 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, redactada por la Comisión General de Codificación, dispone: «*No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo».*

⁶⁵ Véanse DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1 Madrid, 2007, pp. 229 y sigs.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., «Elementos esenciales del contrato», en Valpuesta Fernández, R. (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1998, p. 362. Aunque se entendiera que el objeto del contrato de compraventa lo constituyen las obligaciones asumidas por las partes (la entrega de la cosa por el vendedor y el pago del precio por el comprador), es igualmente evidente que aun cuando no se pudiera transmitir la propiedad por falta de poder de disposición, o incluso aunque ni siquiera se pudiera entregar la cosa vendida, no estaríamos ante un supuesto de falta de objeto, que conduciría a la nulidad del contrato, sino de incumplimiento del contrato por el vendedor, que posibilitará al comprador el ejercicio de las acciones previstas en nuestro ordenamiento jurídico para estos casos (resolución, cumplimiento, etc.), véanse en este sentido LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, op. cit., p. 154; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, op. cit., pp. 67 y sigs.

⁶⁶ Por ello, la STS de 5 de julio de 1958 (RJ 1958, 2537), en un supuesto en el que varios coherederos disponen de una finca sin el consentimiento de los demás, señala: «*ni puede decirse tampoco que falta el objeto cierto materia del contrato, pues en el caso de autos la cosa existía determinada y cierta hasta el punto de que desde el día del otorgamiento del contrato fue puesto el comprador en la posesión de ella, lo cual es distinto de que tuvieran o no facultad para disponer de la misma».*

⁶⁷ La sentencia admitió la validez obligacional de la venta de un bien hereditario celebrada por una de las coherederas (de cinco sextas partes) sin el consentimiento de la restante.

⁶⁸ A diferencia de lo dispuesto en los artículos 1376 del Código Civil italiano de 1942, el artículo 408 del Código Civil portugués o los artículos 1138 y 1583 del Código Civil francés.

⁶⁹ Como señala la STS de 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2733) «*el contrato de compraventa, por su eficacia meramente obligatoria, ya que es solo fuente de obligaciones (arts. 1445, 1450 y 1461 del Código Civil), y no transmisiva, por no producir el traspaso del dominio por el solo acuerdo y necesitar jurídica real (arts. 609 y 1095 del Código Civil), puede tener válidamente por objeto una cosa ajena, pues no hay en nuestro Código Civil norma similar a la contenida en el artículo 1599 del Código Civil*

francés, que sanciona su nulidad (como consecuencia de la transmisión del dominio mediante el consentimiento: arts. 1138 y 1583). Como declara la sentencia de 31 de diciembre de 1981 ningún precepto exige que el vendedor sea propietario de la cosa vendida; basta con que pueda ser entregada, en cumplimiento de la obligación de dicho contratante, ya que la compraventa es un contrato generador de obligaciones, entre ellas, la del vendedor de entregar la cosa al comprador a cambio de precio».

⁷⁰ Y, como señala la STS 11 de octubre 2006 (RJ 2006, 6693), es evidente que la compraventa de cosa ajena no carece de objeto por el solo hecho de la ajenidad de la cosa. La sentencia, que casa la pronunciada por la Audiencia, dice: «La Audiencia Provincial declaró la nulidad de la compraventa de dichas fincas (menos una), por ser ajenas al vendedor y carecer el contrato de objeto. Ese argumento no puede ser mantenido () En particular, pese a lo declarado por la Audiencia Provincial, la venta de cosa ajena a que se refiere la demanda no era nula por falta de objeto, ya que lo tenía (las viviendas y el local) y en él se cumplían los requisitos de los artículos 1271, 1273 y 1445 del Código Civil».

En la doctrina, una cumplida crítica a la sanción automática de nulidad de la venta de cosa ajena por falta de objeto puede verse en JORDANO FRAGA, F., «Doble venta», *op. cit.*, p. 1358; CUENA CASAS, M., «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1440 y sigs., y la misma autora en *Función*, *op. cit.*, pp. 386 y sigs., y en «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», www.codigo-civil.info/nulidad/lodell/document.php?id=572, *Estudios*, 2008, p. 19 de nuestra impresión; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, pp. 153 y 154; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, pp. 68 y 70.

⁷¹ Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 471, si queremos que el artículo 1953 del Código Civil tenga sentido debe admitirse la venta de cosa ajena como justo título para la usucapión ordinaria, pues si no se admitiera esta validez «nunca cabría la usucapión ordinaria de inmuebles, pues, o bien el vendedor era dueño y podría transmitir, en cuyo caso sobra la usucapión; o no lo era, en cuyo caso, no siendo nunca —de acuerdo con la opinión que critico— justo el título, faltaría siempre este requisito». En idéntico sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *op. cit.*, p. 725; CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 820; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa*, *op. cit.*, p. 265; FERNÁNDEZ ARROYO, M., «El problema de la calificación jurídica de la venta de cosa ajena», *RDP*, 1992, p. 659; LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, p. 4; CUENA CASAS, M., «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *op. cit.*, pp. 13 y sigs.

⁷² En este sentido, la STS de 7 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5303) afirma que no puede considerarse que la venta de cosa ajena carezca de objeto o sea nula por falta del poder dispositivo del vendedor, afirmando: «A partir de la sentencia del Pleno de esta Sala de 5 de marzo del corriente año (recurso núm. 5299/99), dictada con propósito unificador de la jurisprudencia sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no cabe ya sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que dicho precepto purifica o subsana es precisamente esa falta de poder de disposición, y si la finca existe, claro está, además, que la segunda venta de esa finca habrá tenido objeto, la propia finca que se vende. Como en esa misma sentencia se declara, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones a non domino, y por tanto el artículo 33 de la misma Ley podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente (...)».

Sobre la cuestión, puede verse el comentario a esta sentencia de INIESTA DELGADO, J. J., «Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2007», *CCJC*, núm. 77, 2008, en especial, pp. 727 a 730. Como señala GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007», *CCJC*, núm. 75, 2007, p. 1436, «la ajenidad no impide la intervención protectora y sanadora del principio de fe pública registral porque dicha ajenidad no hace nulo el título

adquisitivo del tercero, y porque el vicio del *modo* determinado por ella es justamente lo que dicho principio se propone sanar mediante el mecanismo de la adquisición a *non domino*. Véase también, con sólidos argumentos, CUENA CASAS, M., «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *op. cit.*, pp. 20 y sigs.

⁷³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *op. cit.*, p. 727, afirma que si se decretara siempre la nulidad de la venta de cosa común por un comunero se produciría «la contradicción más absoluta en cuanto que la venta de cosa ajena obviamente puede servir de título para la usucapión (*tiene* que servir de título, si no se quiere que desaparezca la usucapión ordinaria), pero la venta de cosa común no puede servir de título para la usucapión».

⁷⁴ En este sentido pueden verse JORDANO FRAGA, F., «Doble venta», *op. cit.*, p. 1358; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia», *op. cit.*, p. 1505. Evidentemente, como señala FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., *Compraventa de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 241, «cuando con el contrato, y propiciado por la ajenidad, se persigue un fin ilícito o inmorral, sería posible la descalificación del mismo *ex* artículo 1275».

⁷⁵ En este sentido, la STS de 17 de junio de 2008 (RJ 2008, 4699) aplicó la usucapión ordinaria a un caso de compraventa de cosa parcialmente ajena, considerando justo título para la usucapión el contrato que celebró el vendedor que no era propietario de la totalidad de la cosa vendida (una franja de terreno de la finca vendida no le pertenecía).

⁷⁶ En idéntico sentido se pronuncia la STS de 14 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6921) que, revocando la sentencia de instancia, declaró igualmente la validez obligacional de la venta de cosa común al considerarla una venta de cosa parcialmente ajena.

⁷⁷ En este sentido, FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C., «Comentario», *op. cit.*, p. 438, afirma: «no estamos ante un caso que podríamos llamar típico de venta de cosa ajena, porque la cosa, al ser de una comunidad, es en parte de los comuneros vendedores. Pero con independencia de esta diferencia, a nuestro juicio puramente cuantitativa (la ajenidad es total o meramente parcial), la situación es realmente la misma: quien vende no tiene la legitimación suficiente para transmitir». En idéntico sentido pueden verse MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado I», *op. cit.*, p. 188 y en «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 198; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, T. I, Barcelona, 1995, p. 141; CUENA CASAS, M., «Reflexiones», *op. cit.*, p. 1478; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 399; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 470; CAPILLA RONCERO, F., «La comunidad», *op. cit.*, p. 394; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia*, *op. cit.*, p. 613; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, p. 81; ALONSO PÉREZ, M. T., «Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009», *op. cit.*, p. 8; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», *op. cit.*, p. 13. Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, Madrid, 2001, p. 78, frente a la sanción de nulidad del negocio de disposición realizado por un comunero aisladamente que aplica la jurisprudencia, afirman que «más razonable sería considerarlo de la misma manera que la venta de una cosa ajena»; en el mismo sentido MURILLO VILLAR, A., *Disposición jurídica de la cuota*, *op. cit.*, p. 122.

⁷⁸ Por su parte, la STS de 26 de febrero de 2008 (RJ 2008, 2819), a la que aludíamos anteriormente, afirma: «es *erróneo* considerar que la venta de cosa ajena es un contrato nulo por falta de alguno de sus elementos esenciales, al no existir norma que exija para su perfección que el vendedor posea capacidad de disposición de lo que vende, y mucho menos un contrato con causa ilícita. Otra cosa es que el comprador pueda, demostrándolo, alegar que ha sufrido un error o que ha sido objeto de dolo. Pero esos son vicios del consentimiento, no ausencia del mismo, que tienen su tratamiento especial en la acción de anulabilidad, *incardinada* en los preceptos del Código Civil dedicados a la nulidad de los contratos (arts. 1300-1315)». También consideran indiscutible la validez del contrato de venta de cosa ajena las SSTs de 14 de abril de 2000 (RJ 2000, 3376); de 11 de mayo de 2004 (RJ 2004, 2733); de 17 de enero de 2007 (RJ 2007, 668); de 7 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8647) o de 22 de octubre de 2013 (RJ 2013, 7810).

También la doctrina admite sin ninguna duda la validez de la venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., «Contratos traslativos del dominio a título oneroso (I); la compraventa», en Valpuesta Fernández, R. (coord.), *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1998, p. 599, dice: «precisamente la inexistencia de una norma que requiera del vendedor un dado poder de disposición sobre el objeto de la venta, añadido al hecho de que el contrato de compraventa genera solo la obligación de entrega, permiten (aunque en rigor, creemos que en otro sistema también podría ser aceptada, y de hecho lo ha sido) afirmar con facilidad la validez de la venta de cosa ajena». Véanse también LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *La nulidad de los contratos*, *op. cit.*, p. 147; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 396, el mismo autor en *La posesión*, p. 357 y «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *op. cit.*, pp. 724 y 725; CARRASCO PERERA, Á., «Comentario al artículo 6.3 del Código Civil», *op. cit.*, p. 819; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M. C., «Comentario», *op. cit.*, p. 439; JORDANO FRAGA, F., «Doble venta», *op. cit.*, p. 1356; RUBIO GARRIDO, T., *Contrato de compraventa*, *op. cit.*, pp. 258 a 266, y en «Doble venta», *op. cit.*, p. 285; GORDILLO CAÑAS, A., «Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus. Traditio sine causa. ¿Adquisición de buena fe?»*, *ADC*, 1984, p. 571; DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentario», *op. cit.*, p. 470; RODRÍGUEZ MORATA, F., *Venta de cosa ajena*, *op. cit.*, pp. 28 y 29; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, pp. 179 y sigs.; CUENA CASAS, M., *Función*, *op. cit.*, pp. 409 y sigs. y en «Reflexiones», *op. cit.*, pp. 1434 y 1435 y 1462 y sigs. y, con numerosos argumentos, en «La validez de la venta de cosa ajena como exigencia de sistema», *op. cit.*, pp. 1 y sigs.; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, *op. cit.*, pp. 131 a 141; MERINO GUTIÉRREZ, A., «Venta de cosa ajena», *op. cit.*, p. 916; FERNÁNDEZ ARROYO, M., «El problema», *op. cit.*, pp. 652 y sigs.; CAÑIZARES LASO, A., «Eficacia», *op. cit.*, p. 1505; PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», *op. cit.*, p. 6; ATIENZA NAVARRO, M. L., *Venta de la cosa común*, *op. cit.*, p. 264; LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», *op. cit.*, p. 3; PÉREZ GURREA, R., «La validez de la venta de la totalidad de una cosa común», *op. cit.*, p. 3569; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., «La doble venta, la venta de cosa ajena y el Registro de la Propiedad», *RJN*, núm. 92-93, 2015, p. 24; GARCÍA CANTERO, G., «Comentario a los artículos 1445 y sigs. del Código Civil», *op. cit.*, pp. 188 y sigs.

⁷⁹ Incluso en el Código Civil portugués, cuyo artículo 892 dispone expresamente que la venta de cosa ajena es nula, el artículo 902 señala que si las cosas fueran solo parcialmente ajenas, el contrato tendrá validez por la parte restante.

En Italia, el artículo 1480 del Código Civil regula de modo expreso la «venta de cosa parcialmente ajena» y señala que el comprador podrá solicitar la resolución del contrato o el resarcimiento del daño cuando deba entenderse que, dadas las circunstancias, no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la cual no se ha convertido en dueño, de lo contrario, solo puede solicitar una reducción del precio o el resarcimiento del daño.

⁸⁰ También defienden la producción de estos limitados efectos reales MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentarios», *op. cit.*, p. 399, que dice: «quien vende una cosa atribuyéndose la propiedad de toda ella, aunque sin derecho, no puede después invocar que tal venta es nula y que él, por tanto, no viene obligado a entregar su parte siquiera. El acreedor, que es el comprador, no puede ser compelido a recibir la cosa en parte, pero el deudor no puede negarse a cumplir en la medida de lo posible, solo porque se trataría de un pago parcial, y no es posible cumplir por el todo»; CAPILLA RONCERO, F., «La comunidad», *op. cit.*, p. 394, afirma: «el efecto transmisivo, sin embargo, no se producirá en los términos pactados, pues para transmitir se requiere ostentar la titularidad del derecho; y el comunero que dice transmitir la propiedad plena no es propietario individual. Lo que transmitirá, entonces, es solamente aquello que le pertenece: su derecho de copropiedad»; PÉREZ CONESA, C., «Comentario al artículo 397», *op. cit.*, p. 3270, que señala: «no se puede obligar al acreedor, en este caso el comprador, a recibir parcialmente una cosa (pago parcial), pero tiene la opción de exigir el

cumplimiento por la parte indivisa que corresponde al comunero vendedor en la cosa común, con respecto a la cual sí tiene la libre disposición». También admiten la eficacia parcial de la disposición RIVERA FERNÁNDEZ, M., *La comunidad*, op. cit., p. 106; LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», op. cit., pp. 20 y 22; GUILLÉN CATALÁN, R., «La moderna configuración de la venta de cosa común», op. cit., p. 289; FAJARDO FERNÁNDEZ, J., «Comentario a la STS de 22 de abril de 2010 (RJ 2010, 2380)», op. cit., p. 5.

En contra se han pronunciado expresamente MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», op. cit., pp. 191 y sigs.; DONDERIS TATAY, L., *La copropiedad*, op. cit., pp. 143 y sigs.; PERTINEZ VILCHEZ, F., «Comentario a la STS de 7 de marzo de 2012», op. cit., pp. 13 y 14.

En la jurisprudencia no conocemos ninguna sentencia que haya admitido de modo directo la eficacia jurídica real respecto de los derechos de copropiedad del comunero vendedor de la cosa común. Como señala LÓPEZ FRÍAS, A. M., «La venta de un inmueble común», op. cit., p. 16, «las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado directamente este problema han negado que el comprador pueda adquirir una parte o cuota de la cosa común (SSTS de 26 de febrero de 1982 (RJ 1982, 790), 19 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6603), 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689) y 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684)». En idéntico sentido, ALONSO PÉREZ, M. T., «Comentario a la sentencia de 23 de junio de 2009», op. cit., p. 8.

Sin embargo, la STS de 15 de enero de 2013 (RJ 2013, 2276), después de reconocer la validez obligacional de la venta de cosa común realizada por algunos de los comuneros advirtiendo de que: «*la validez conceptual de este tipo de compraventa se proyecta exclusivamente en el plano de su inmediata eficacia obligacional, de suerte que no alcanza al ámbito de la posible eficacia jurídico-real que se pueda derivar de la compraventa celebrada. Del mismo modo, tampoco se altera o modifica el marco de los derechos que puedan corresponder a los comuneros que no prestaron su consentimiento, que a estos efectos resulta incólume*», en el fallo sí que reconoce la eficacia jurídica real de la compraventa celebrada respecto de las cuotas de copropiedad de los vendedores, pues el apartado tercero dispone: «*a tales efectos, declarar la validez obligacional del meritado contrato entre las partes contratantes, con la consiguiente disposición de las cuotas de los condóminos partícipes del mismo, y sin transcendencia jurídico-real respecto de la enajenación y transmisión de las cuotas de los condóminos que no prestaron su consentimiento a dicho contrato*».

⁸¹ Por el contrario, en la comunidad hereditaria o en la comunidad postganancial el derecho del comunero no recae sobre un bien concreto sino sobre una *universitas*, por lo que, aunque el contrato de compraventa realizado por uno de los comuneros deberá producir plenos efectos obligacionales, aun cuando fuera seguido de la necesaria tradición, no producirá los limitados efectos reales que, a nuestro juicio, sí que se generarán en los casos de venta de la cosa común por uno solo de los comuneros en la comunidad romana y a los que nos referimos en el texto, ya que el coheredero no tiene un derecho de copropiedad sobre las cosas individualizadas del patrimonio hereditario sino sobre la universalidad, a diferencia de lo que ocurre en la comunidad romana y, por lo tanto, aunque realice un negocio jurídico sobre las mismas nunca podrá transmitir derechos de copropiedad sobre ellas que no tiene. Sobre esta cuestión, recientemente, puede verse RODRÍGUEZ-ROSADO, B., «Comunidad hereditaria y comunidad postganancial: Especialidades de las comunidades romanas sobre un patrimonio», *RdPat*, núm. 36, 2015, p. 233.

En este sentido, la STS de 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3978) afirma: «*Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, estos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos*». Véase también la STS de 25 de junio de 2008 (RJ 2008, 4270); y respecto de la comunidad postganancial la STS de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 607).

⁸² Los adquirentes solicitaron expresamente que el contrato tuviera esa eficacia parcial en los supuestos resueltos por las SSTs de 28 de marzo de 2012 (RJ 2012, 5589); de 7 de marzo de 2012 (RJ 2012, 4059); de 9 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5684) o de 13 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9689).

⁸³ El artículo 682 del Código Civil chileno dispone: «*Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse este transferido desde el momento de la tradición.*».

⁸⁴ Evidentemente, también la podrá adquirir por usucapión extraordinaria. O, si se cumplen los requisitos para ello, por la aplicación del artículo 34 LH. Véase la STS de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2061).

⁸⁵ Esta limitada producción de efectos en el ámbito real de la compraventa de cosa común realizada por uno de los copropietarios también se reconoce en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

En el Derecho italiano la doctrina no discute acerca de la validez obligacional de la venta de cosa común realizada por uno de los comuneros. Así, BRANCA, G., «Comentarios», *op. cit.*, p. 141, afirma: «de nulidad naturalmente no hay ni que hablar después de la entrada en vigor del nuevo Código (art. 1478). Este punto es firme». Recuérdese que el artículo 1478 del Código Civil italiano de 1942 se refiere a la venta de cosa ajena y no la declara nula, a diferencia de lo que hacía el artículo 1459 del Código Civil italiano de 1865. Además, la doctrina y la jurisprudencia italianas consideran que la enajenación de la cosa común por uno solo de los comuneros transmite al comprador el derecho de copropiedad que sobre la cosa vendida tenía el vendedor. Así, SALIS, L., «Vendita dell'intera cosa comune da parte di un condominio», *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1990, II, pp. 5 y sigs., dice: «en el caso de venta de cosa común el vendedor enajena una cosa sobre la que ostenta un derecho real (aquel de comunidad) y, por ello, y en virtud del contrato se opera una inmediata transferencia del derecho de comunidad sobre la cosa entera»; GRECO, F., «Comentarios», *op. cit.*, p. 46, señala: «también en el caso de venta de toda la cosa el comprador subentra inmediatamente en la posición del enajenante por su cuota»; GAMBARO, A., *La proprietà*, en Iudica, G. y Zatti, P. (dirs.), *Trattato di Diritto Privato*, Milano, 1990, p. 266, señala que si concurren al acto de disposición el noventa y ocho por ciento de las cuotas de comunidad «el comprador deviene copropietario de una cuota del noventa y ocho por ciento»; FEDELE, A., *La comunione*, *op. cit.*, p. 260, dice: «salvo una voluntad diversa de las partes el contrato produce el inmediato efecto de convertir al comprador en participante en la comunidad por la cuota del vendedor».

En el Derecho francés, y a pesar de que el artículo 1599 del Code dispone que la venta de cosa ajena es nula, doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en aceptar que el comunero que enajena la cosa común realiza una venta válida en cuanto a su parte y, en consecuencia, a través del solo consentimiento en el contrato de compraventa (cfr. arts. 1138 y 1583 del Código Civil francés), transmite su derecho de copropiedad sobre la cosa común al adquirente. Evidentemente, esa venta no producirá efectos respecto de los copropietarios no enajenantes. En este sentido, ATIAS, C., *Droit Civil. Les Biens*, París, 1993, p. 120, señala que considerar el acto dispositivo realizado por uno solo de los comuneros como nulo de pleno derecho es una consecuencia excesiva, pues es suficiente entender que es un acto inoponible frente a los comuneros que no intervinieron en el negocio jurídico, concluyendo que «en cuanto a la venta, tradicionalmente es considerada como válida por la parte indivisa del vendedor», véase también la p. 121 y la jurisprudencia citada en la nota 33; PLANIOL, M. y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil Français*, T. III, París, 1952, p. 283, afirman: «que la venta de un bien indiviso hecha por uno solo de los comuneros sin el concurso de los otros es válida por la parte perteneciente al vendedor». Véanse también RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Traité de Droit Civil*, T. II, París, 1957, p. 796; NERSON, R. y FAYARD, M. C., *Voz «Indivisión»*, en *Encyclopédie Dalloz. Droit Civil*, T. IV, París, 1973, p. 11; JOURDAIN, P., «Les actes de disposition sur la chose indivise», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1987, p. 499, nota

4, y pp. 505 y sigs.; LARRONDO LIZARRAGA, J. M., *La eficacia, op. cit.*, p. 679, señala que «la jurisprudencia francesa en sede de comunidad ordinaria de bienes, plantea la validez parcial el acto dispositivo no unánime sobre bienes indivisos. Sostiene esta jurisprudencia que el acto dispositivo no unánime es válido respecto de la cuota del disponente y nulo e inoponible respecto de los derechos de los demás partícipes no aquiescentes»; MÉNDEZ APENELA, E., «La venta de cosa común por el comunero aislado II», *op. cit.*, p. 205, respecto del Derecho francés afirma: «en esencia se considera una venta válida en cuanto a la participación del vendedor y una venta de cosa ajena en cuanto a la participación ajena, susceptible de consolidación por usucapión».

*(Trabajo recibido el 17-9-2015 y aceptado
para su publicación el 20-10-2015)*

Configuración general de la
estructura orgánica de las sociedades
cooperativas: referencia a los aspectos
del órgano de administración que
necesitan una urgente reforma

*Shaping the organisational structure
of cooperative societies: reference
to the aspects of the organ of the
aministration that require urgent
reform*

por

ENRIQUE GADEA SOLER
*Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Deusto*

RESUMEN: El artículo se compone de dos partes principales: en la primera, se aborda la configuración general de asamblea general, del consejo rector y de la intervención. Y en la segunda se analizan los aspectos del órgano de administración, que, a juicio del autor, necesitan de una urgente reforma, que son los relativos a la flexibilización del órgano de administración, la desconcentración de poder del presidente de la cooperativa, la profesionalización del órgano de administración y la potenciación de la función de supervisión del consejo rec-

tor. Se trata, en definitiva, de contribuir a que las cooperativas modernicen su gobernanza para que consigan una gestión más participativa y eficiente.

ABSTRACT: The article comprises two main parts: the first covers the overall composition of the general assembly, governing council and intervention board. The second contains an analysis of the governing body, which, in the author's opinion, requires urgent reform concerning its flexibilisation, dispersion of the coop chairman's power, greater professionalism and enhancement of the governing councils' oversight capacity. The idea is ultimately to contribute to modernising cooperatives' governance so that their management is more participatory and efficient.

PALABRAS CLAVE: Sociedades cooperativas. Medidas de buen gobierno. Eficiencia y participación.

KEY WORDS: Cooperative companies. Good governance measures. Efficiency and participation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS COOPERATIVAS: LA CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA ASAMBLEA, DEL CONSEJO RECTOR Y DE LA INTERVENCIÓN: 1. LOS ÓRGANOS SOCIALES DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS. 2. LA ASAMBLEA GENERAL. 3. EL CONSEJO RECTOR. 4. LA INTERVENCIÓN.—III. ASPECTOS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN QUE NECESITAN UNA URGENTE REFORMA: 1. SOBRE LA NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. 2. SOBRE LA CONVENIENTE DESCONCENTRACIÓN DE PODER DEL PRESIDENTE DE LA COOPERATIVA. 3. LA PROFESIONALIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN. 4. LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DEL CONSEJO RECTOR.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Como es en la actualidad comúnmente aceptado, las posibilidades de desarrollo de la cooperación están en función de la consideración de esta desde una perspectiva amplia, según el tipo alemán. La Ley de cooperativas alemana de 1889 (*Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften*: abreviadamente, GenG), no se fijó previamente objetivos determinados de carácter marcadamente clasista, es decir, no se preocupó tanto de suministrar un instrumento jurídico adecuado a las exigencias de ciertas economías de mercado muy débiles, como de procurar un instrumento que pudiera satisfacer también

las necesidades de los sujetos de una fuerza económica media e incluso alta. Se trata de una cooperación que se ha liberado completamente de preocupaciones de principio por lo que respecta a la estructuración de la cooperativa, dejando a los sujetos la posibilidad de utilizarla para desarrollar cualquier actividad económica lícita sobre la base de una democracia rigurosamente personal, no fundada en la entidad de la participación capitalista de cada socio.

Es evidente la evolución de la función social de las cooperativas, que, si bien nacieron al socaire de un movimiento clasista, se han convertido en un instrumento técnico susceptible de ser útil a las más diversas clases sociales.

Para afrontar este reto, y que la organización cooperativa pueda ocupar un papel relevante dentro de la actividad económica, es necesario que se le proporcione un régimen legal que le permita actuar en el mercado con idénticas posibilidades que el resto de las empresas con las que debe competir. Ello exige la creación de un tipo organizativo que, en lo externo, se acerque a una organización tipo sociedad lucrativa. Como tan acertadamente se ha señalado (DIVAR, 1985, 48), estamos ante un modelo de *cooperativismo remodelado* para que las cooperativas consigan sus objetivos en un mercado de feroces rivalidades.

El sector cooperativo experimenta desde hace medio siglo una galopante evolución en el sentido de progresiva atracción al campo de aplicación del Derecho mercantil. Aun cuando desarrollada bajo el impulso de su ideología, la actividad cooperativa tiende a adoptar una forma de organización propia del empresario y ello conducirá, paradójicamente, a una progresiva sujeción de las sociedades cooperativas a las normas del *status* del empresario (así, GONDRA, 1992, 141). Conviene recordar que no es el lucro el concepto clave para hablar de mercantilidad, sino el de empresa y empresario, y para ambos basta economicidad de la gestión, es decir, el cálculo racional de costes e ingresos y que la actividad vaya dirigida al mercado, en cuanto que la actividad de empresa se proyecta como una actividad de oferta de bienes y servicios en el mercado (ALONSO UREBA, 1985, 257).

El acudir a la actividad económica desarrollada por la cooperativa como criterio de atribución de mercantilidad, a falta de un deseable reconocimiento de mercantilidad por la forma —concepto que precisamente nació en el Derecho de sociedades alemán en el marco de la GenG de 1889¹—, se ve obstaculizado por la delimitación del artículo 124 del Código de Comercio (CCom), que considera a las cooperativas como mercantiles cuando desarrollen «actos de comercio extraños a la mutualidad»². Esta expresión, sin duda de difícil interpretación, creemos que debe entenderse referida a las actividades cooperativas de carácter principal que se desarrollan normalmente con los socios pero que pueden, y suelen en la mayoría de los casos, realizarse también con terceros. De tal forma, que habrá que considerar a la cooperativa como una sociedad mercantil cuando desarrolle una actividad mercantil o empresarial (como se deduce de la expresión «actos de comercio» que utiliza el precepto) con terce-

ros no socios, lo que por otra parte es generalizado en la práctica y permitido, dentro de ciertos límites, en nuestro ordenamiento³. Si tras la promulgación del Código de Comercio y de nuestra primera Ley de Asociaciones lo excepcional era que la cooperativa fuera mercantil⁴, y con la Ley de Cooperativas de 1942 y su Reglamento de 1943 la mercantilidad estaba excluida del tipo societario, esto fue paulatinamente cambiando. A partir de la promulgación de la Ley General de Cooperativas de 1974, primera que admiten las operaciones cooperativizadas con terceros no socios, la legislación ha sido cada vez más proclive a aumentar los porcentajes autorizados para este tipo de operaciones, tanto en la leyes estatales (LGC 1987 y LCOOP de 1999) como, sobre todo, en las autonómicas, admitiendo mayores márgenes para el reparto de retornos/beneficios entre los socios.

Es evidente que el criterio material utilizado por el CCom no es el adecuado y crea una indudable situación de inseguridad jurídica y poca coherencia sistemática, porque solo el carácter mercantil de la sociedad cooperativa explica la aplicación a este tipo social de manera generalizada, y no solamente a las que desarrollen una actividad cooperativizada con terceros, del estatuto del empresario o la admisión de mutaciones estructurales heterogéneas (transformaciones en sociedades de capital, fusión con sociedades de capital, etc.). Como ya es comúnmente aceptado, la mercantilidad de un sujeto debe depender de la forma, del método o de la manera en que realiza su actividad económica. En este momento, en el que, como se ha señalado, el centro de gravedad del sistema se ha desplazado del acto a la organización, nuestro Derecho debe liberarse definitivamente de todo problema de finalidad del acto para colocar el asunto de la mercantilidad (que, en realidad, significa aplicación de un estatuto concreto) sobre el dato objetivo y tangible de la organización en forma mercantil (GIRÓN, 1984, 802). Por todo ello, si la explotación de aquellas actividades se hace en relación con el mercado, en forma habitual, organizada sobre la base de un cálculo racional de costes e ingresos y, en definitiva, disponiendo de una empresa y utilizando los métodos mercantiles, no cabe duda de que el sujeto que la realiza debe ser considerado empresario mercantil y someterse al estatuto propio de estos (BROSETA, 1965, 283). Estas notas características las encontramos en la estructura organizativa y en los métodos de las sociedades cooperativas, lo que nos permite concluir que estas debieron, y deben, ser consideradas como sociedades mercantiles de naturaleza especial (se reconoce la mercantilidad de las sociedades cooperativas en el Anteproyecto de Código Mercantil, aprobado el 30 de mayo de 2014: así, art. 211-1, letra f). Además, aunque el CCom siga supeditando la aplicación de sus normas a si la sociedad se dedica o no a «actos de comercio extraños a la mutualidad», la progresiva liberalización de las operaciones de la cooperativa con terceros es una realidad incontestable, que permitiría defender la mercantilidad de las cooperativas incluso *ex artículo 124 CCom*.

Desde el punto de vista práctico, esa falta de atribución del carácter mercantil a las sociedades cooperativas, junto a la organización territorial del Estado creada por la Constitución Española de 1978 (CE), explican el *despropósito legislativo* en materia de cooperativas, es decir, la pluralidad de leyes de cooperativas existente en nuestro país (casi una por Comunidad Autónoma, además de la Ley estatal de 1999: en lo sucesivo LCOOP), que tanto dificulta la adecuada delimitación del tipo societario⁵. De hecho, puede decirse que, en realidad y a diferencia de la sociedad anónima o de la sociedad de responsabilidad limitada, no existe una configuración unitaria del tipo societario cooperativo (ARROYO, 1992, 13).

II. LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LAS COOPERATIVAS: LA CONFIGURACIÓN GENERAL DE LA ASAMBLEA, DEL CONSEJO RECTOR Y DE LA INTERVENCIÓN

1. LOS ÓRGANOS SOCIALES DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS

La pluralidad legislativa dificulta además la realización de estudios generales sobre materias concretas. Sin embargo, a pesar de ello, vamos a partir de lo previsto en la LCOOP que, a diferencia de la norma anterior de 1987, dedica un artículo —el 19— a enumerar los órganos de la sociedad cooperativa para referirnos a su configuración general, sin perjuicio de que realicemos referencias concretas a otras normas cuando sea necesario.

En la LCOOP, como en la mayoría de las leyes autonómicas, la estructura orgánica de este tipo societario se sustenta en torno a un órgano deliberante: la asamblea general, un órgano de administración: el consejo rector (o un administrador único en las cooperativas de menos de diez socios) y un órgano de fiscalización interna de la actuación del órgano de administración: la intervención, sin perjuicio de que los estatutos puedan prever la existencia de un comité de recursos y de otras instancias de carácter consultivo o asesor (el consejo social), siempre que sus funciones no se confundan con las propias de los órganos sociales (SACRISTÁN BERGIA, 2005, pp. 165 y sigs.).

Tras una primera aproximación al estudio de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas y lectura detenida de su régimen jurídico (arts. 19-44 LCOOP), lo que más sorprende es el escaso margen que se concede a la autonomía privada, la poca flexibilidad para la configuración estatutaria de los órganos sociales y el gran paralelismo que guarda su régimen respecto a la Sociedad Anónima (al que se remite expresamente en materia de responsabilidad de administradores), aparte de la imposición de la Intervención, órgano de control inexistente en otros tipos societarios. La sensación de exceso de reglamentación legislativa se acentúa sobremanera cuando se analiza la composición del con-

sejo rector y el número de cargos que con carácter imperativo impone la Ley: presidente, vicepresidente y secretario.

Un gran número de estas previsiones legales, como buena parte de la LCOOP, tienen sentido en cooperativas de gran tamaño, que es el tipo de empresa en la que parece estar pensando el legislador cooperativo, sin tener en cuenta, en muchas ocasiones, el proceso de expansión del fenómeno cooperativo a PYMEs e incluso a las microempresas, impulsado de manera particular por las CCAA en los últimos años con normas *ad hoc*⁶. El problema de fondo es que existe un único tipo societario para toda clase de cooperativa, por lo que entendemos que la clave para resolver ese problema pasa por aprobar una regulación flexible.

Este esquema orgánico, estructurado en su ámbito de administración en torno a la existencia de un órgano colegiado básicamente encargado de la gestión social (consejo rector) y un órgano de control de dicha gestión (Intervención), parece conducir a las cooperativas al clásico modelo dualista del Derecho de sociedades alemán frente al monista clásico de nuestro ordenamiento de sociedades mercantiles. El problema es que con la regulación que se atribuye a este órgano tanto en la LCOOP como en la mayor parte de leyes autonómicas, no tiene apenas utilidad y su función de control es, en la mayoría de los casos, testimonial (firma de las cuentas anuales), por lo que es difícil la calificación sistemática de las cooperativas entre los sistemas dualistas de la administración social.

Desde un punto de vista de *lege ferenda* se plantea cuál es el camino que debe seguir el legislador en el diseño de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas. Aunque existen formulas intermedias, el debate lo podemos centrar en dos alternativas: potenciar las funciones del órgano de intervención en cuanto al control del consejo rector y desarrollar realmente la dualidad orgánica de la estructura de la administración (sistema dualista); o alinearse con el criterio vigente en nuestro Derecho de sociedades mercantiles y prescindir de la intervención como órgano obligatorio (sistema monista). Aunque la historia y la tradición cooperativa presionan para el mantenimiento del órgano de intervención, con su configuración actual, es decir, compuesto principalmente por socios sin la debida formación, no retribuidos, que suelen ser elegidos por la asamblea general al mismo tiempo y por el mismo tiempo que a los consejeros, por lo que es fácil que pertenezcan al mismo grupo de socios mayoritario, y con las escasas funciones y poderes que la ley le otorga para realizar una verdadera intervención en caso de detectar irregularidades en la gestión, no cabe duda que con ese diseño de poco suele servir como control de la tarea de los administradores. Y que esa escasa utilidad se manifiesta casi nula en microcooperativas donde este cargo suele ser ocupado por un socio sin más criterio que el reparto de cargo entre los pocos miembros de la sociedad y donde este órgano se percibe más como una carga que otra cosa.

No obstante, el órgano de intervención no es *per se* inútil, sino que está mal configurado y se ha generalizado en exceso. En el marco de la gran cooperativa a este órgano se le pueden atribuir funciones reales de control y supervisión del ejercicio de la gestión social, e incluso con un importante papel en la designación y nombramientos de cargos, con lo que tendría pleno sentido recuperar el nominalismo utilizado por la Ley de Cooperativas de 1942 e inspirado en la GenG alemana de 1889 y pasar a denominarlo *Consejo de Vigilancia*. Para las cooperativas de pequeña dimensión, tomando el criterio que sea —menos de un número de socios, las que puedan presentar balance abreviado, las de una determinada clase, la de un determinado capital social, etc.— podría prescindirse de la obligatoriedad de este órgano, entre otros aspectos, para no agravar su estatuto respecto al de otras sociedades de parecida tipología (sociedades laborales, SRL, etc.). Esta es la opción tomada por el legislador vasco, que impone la configuración del órgano de control (que denomina *Comisión de Vigilancia*) solo para cooperativas de más de cien socios (art. 50.1, 2.º LCPV).

La otra opción es prescindir totalmente de esta figura, tanto en grandes como en pequeñas cooperativas, como hizo la LCCV, y que parece ser la tendencia arraigada en las últimas leyes cooperativas autonómicas y dejar al campo de la autorregulación la implantación de mecanismo de control de la gestión social (creación de comisiones supervisoras, elaboración de informe anual de gobierno corporativo, creación de página web institucional, obligación de facilitar informaciones adicionales, etc.). Esta, sin duda, es la solución más acorde con el criterio predominante en la normativa mercantil de sociedades, lo que facilitaría la posible introducción de las mejoras ensayadas en ese ámbito en el sector cooperativo.

Incluso estas dos soluciones no son excluyentes, como lo demuestra su coexistencia en la mayoría de los países de nuestro entorno para la sociedad anónima (Italia, Francia, etc.) y en el Reglamento de la Sociedad Cooperativa Europea, que permite a la SCE elegir «bien un órgano de control y un órgano de dirección (sistema dual), bien un órgano de administración (sistema monista)» (art. 36, letra b) RSCE). El capítulo III de la Ley 3/2011, por la que se regula la Sociedad Cooperativa Europea con domicilio en España, contempla el desarrollo del sistema dual, que no es el propio de la legislación española, para las SCE españolas que elijan este modelo de administración.

El debate entre estos dos modelos de administración está en la base de una discusión de gran calado, conocida por todos, de cómo debe ser el buen *gobierno corporativo* de las sociedades anónimas, particularmente las que cotizan en Bolsa (*corporate governance* en terminología inglesa en la que tiene su origen) y que ha generado desde hace años un importante movimiento de reforma de sus órganos sociales y estructura de poder que ha tenido en los últimos años manifestaciones de muy distinto signo.

2. LA ASAMBLEA GENERAL

La asamblea general es una reunión de socios previamente convocada al efecto, que decide por mayoría los asuntos propios de su competencia incluidos en el orden del día y cuyos acuerdos son vinculantes para todos los socios de la cooperativa (art. 20 LCOOP y concordantes autonómicos)⁷, incluso los no asistentes y disidentes⁸ a menos que se declare su suspensión o invalidez⁹.

A través de los acuerdos de la asamblea general se configura la voluntad social, que en el marco establecido en la Ley y los estatutos vincula al órgano de administración.

En consecuencia, podemos señalar como elementos definidores de la asamblea general: que se trata de un órgano necesario de la cooperativa, configurado como una reunión de socios de carácter temporal, que actúa previa convocatoria y que adopta acuerdos vinculantes en las materias de su competencia por las mayorías previstas en la Ley y en los estatutos.

En relación con el órgano deliberante, el tema central es la cuestión del límite del poder de decisión de este órgano. En ese sentido, debe destacarse que con la vigente LCOOP se pone fin al criticado modelo de gestión «asamblearia» de la cooperativa diseñado por el artículo 43.1 de la LGC de 1987, que señalaba que: «todos los asuntos propios de la cooperativa, aunque sean de la competencia de los otros órganos sociales, podrán ser objeto de debate y acuerdo de la asamblea general» (no obstante, un estudio de este precepto en el que se realiza una interpretación correctora puede verse en PAZ CANALEJO, 1990, 329-332).

El artículo 21.1 de la LCOOP establece que: «La asamblea general fijará la política general de la cooperativa y podrá debatir sobre cualquier otro asunto de interés para la misma siempre que conste en el orden del día, pero únicamente podrá tomar acuerdos obligatorios en materias que esta Ley no considere competencia exclusiva de otro órgano social». Si bien: «No obstante lo anterior, y salvo disposición contraria de los estatutos, la asamblea general podrá impartir instrucciones al consejo rector o someter a autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos». Además en el párrafo 2.º (ap. j) detalla los asuntos que son competencia exclusiva de la asamblea general y en esa lista se incluyen «los derivados de una norma... estatutaria».

De ese modo, analizado el precepto, deducimos que, al igual que la LSRL de 1995 y a diferencia de la Ley vasca de cooperativas que establece un reparto competencial con carácter imperativo (arts. 31.3 y 4 y 40.1), la LCOOP sigue el modelo flexible de la sociedad de responsabilidad limitada alemana, que reconoce expresamente a los socios una amplia posibilidad de influir en la administración.

El legislador ha considerado que la sociedad cooperativa regulada por la LCOOP debe ser un tipo societario en el que el marco estatutario debe permitir

una mayor capacidad de modulación de la presencia de los socios en las decisiones sociales en función de las particulares necesidades que cada sociedad pretende atender o encauzar (esta idea en relación con las sociedades de responsabilidad limitada es recogida por IGLESIAS PRADA, 1994,186).

En efecto, de lo establecido en el artículo 21.1 y 2 (ap. j) se deduce que los estatutos pueden configurar distintos modelos de relación de competencia en materia de gestión (ESTEBAN VELASCO, 1997, 713):

1. Se puede fijar un modelo plenamente corporativo, que potencie y garantice la autonomía de los administradores, eliminando expresamente el poder de instrucción de la asamblea general y las reservas de autorización de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión en favor del citado órgano;
2. O un modelo personalista e intervencionista en favor de los socios (órgano administrativo de carácter más propiamente ejecutivo), incluyendo amplias reservas estatutarias de autorización de medidas de gestión en favor de la asamblea general (medidas limitativas y de control) y utilizando el poder de instrucción (medidas impulsivas).
3. O modelos intermedios basados en un equilibrio adaptado a las circunstancias de la empresa.

En relación con esta cuestión, el problema es determinar el margen de autonomía de los estatutos para ampliar la competencia de la asamblea general, limitando las facultades de los administradores en relación con asuntos de gestión. Aunque partiendo de posiciones muy favorables a la plena autonomía estatutaria y a la supremacía de la asamblea podría entenderse que, excluidas las facultades imperativamente atribuidas al órgano de administración (representación de la sociedad, formulación de las cuentas anuales, convocatoria de la asamblea ... etc.), todas las demás facultades de gestión de la empresa podrían otorgarse por vía estatutaria a la asamblea general, de forma que los administradores se convirtieran en meros ejecutores de los actos decididos por los socios, nos parece que no puede irse tan lejos.

Coincidimos con ESTEBAN VELASCO (1997, 399-400) en que más bien hay que interpretar que la competencia de la junta (en este caso de la asamblea) en materia de gestión no puede ampliarse hasta llegar a vaciar absolutamente de contenido la posición y la función legal de los administradores. En otros términos, los poderes de intervención solo podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la estructura financiera de la empresa o que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria. Incluso se puede pensar en ocasionales instrucciones sobre asuntos ordinarios, pero nunca injerencias que por su frecuencia o intensidad anulen la posición de los administradores con un mínimo de competencia gestora autónoma.

En cualquier caso, para una adecuada delimitación, sería conveniente la determinación en los estatutos sociales de cuáles son los asuntos y acuerdos sobre los que la asamblea general puede impartir instrucciones o someterlos a su autorización. Consideramos que ésta es la manera adecuada de actuar y que permite a cada cooperativa la elección del modelo organizativo que más se ajuste a sus intereses.

La justificación de esa atribución se encuentra en la necesidad de que exista una instancia que pueda ser identificada como garante y responsable de una correcta y ordenada gestión. Es más, respecto a la posible responsabilidad de los miembros del consejo rector por la ejecución de las instrucciones o acuerdos tomados por la asamblea general, el artículo 236 LSC, aplicable también a las sociedades cooperativas por la remisión expresa que hace el artículo 43 LCOOP, es claro: en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta general (léase asamblea general). Por ello, los miembros del consejo rector solo podrán librarse de dicha responsabilidad si se niegan u oponen a su ejecución (PAZ CANALEJO, 1990, 330).

3. EL CONSEJO RECTOR

El diseño del órgano de administración de las cooperativas está inspirado en modelo de las sociedades de capital (fundamentalmente, en la sociedad anónima) y teniendo muy presente las recomendaciones del Informe Olivencia sobre el Gobierno de las Sociedades Cotizadas (1998). Esto se pone de manifiesto en aspectos tan relevantes como las funciones de supervisión que se le otorgan al consejo rector, la posibilidad de retribuir a los administradores, la posible existencia de consejeros no socios o el régimen de responsabilidad, para el que se establece una remisión expresa al previsto en la LSA (art. 43 LCOOP).

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la LCOOP se han producido varias reformas en el marco de la estructura orgánica de las sociedades anónimas por el impulso del movimiento del gobierno corporativo, motivado esencialmente, de un lado, por la necesidad de las grandes sociedades de acudir al ahorro público, que hace precisa una regulación tuitiva del inversor que adquiere o va a adquirir la condición de accionista, y de otro, porque se considera conveniente conceder a estas grandes sociedades un cierto margen para la autorregulación del funcionamiento de la organización societaria, en cuya cúspide se encuentran los administradores (SÁNCHEZ CALERO, 2007, 740). Precisamente el núcleo duro del gobierno corporativo se centra en la revisión del papel que dentro de la estructura orgánica le corresponde al Consejo de Administración, su misión, su composición y, en particular, la incorporación de consejeros externos e independientes, los sistemas de remuneración de los consejeros y estructuración del

Consejo en comisiones de consulta y control, junto a las exigencias derivadas de los deberes de diligencia y lealtad con las consecuencias de todas estas novedades organizativas y funcionales en del régimen de responsabilidad de los administradores.

No obstante esta aproximación legal, en la práctica siguen existiendo notables diferencias del modelo cooperativo con el modelo de las sociedades de capital y, por ello, cuando se han intentado trasladar los avances del gobierno corporativo a las cooperativas se choca con una realidad distinta de la que solo quedan fuera las grandes cooperativas y los grupos cooperativos¹⁰. Todo lo anterior, hace aconsejable plantearse desde las peculiaridades de la cooperativa, la necesidad de introducir normas que se orienten hacia mejorar su gestión, sin que quepa según entendemos, limitarse a seguir el modelo pensado para las sociedades anónimas cotizadas. Pero la modernización y mejora de consejo rector es absolutamente necesaria, y con esta idea abordaremos en el apartado siguiente el estudio de las distintas caras que presenta este poliédrico órgano de la cooperativa, reseñando cuando sea conveniente, las recomendaciones hechas en sede del buen gobierno corporativo de las sociedades cotizadas y las importantes novedades de la LSC que incorpora de la Ley para la Mejora del Gobierno Corporativo.

En relación con el órgano de administración, y, en particular, con el consejo rector, la LCOOP —en el artículo 32.1— señala que es órgano colegiado de gobierno «al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los estatutos y a la política general fijada por la asamblea general». Y le atribuye, al igual que la Ley vasca, competencia residual sobre todas aquellas facultades no reservadas por Ley o por los estatutos a otros órganos sociales.

Sin embargo, esta coincidencia no nos debe llevar a pensar que la estructura organizativa definida en la LCOOP y en la Ley vasca es similar. Los modelos seguidos por ambas normas son muy distintos: LCOOP admite que los socios puedan participar en la gestión de la empresa, mientras la Ley vasca atribuye la gestión de la cooperativa en exclusiva a los administradores (art. 40.1).

Este hecho pone de manifiesto las diferencias existentes en una y en otra norma. La estructura organizativa de las cooperativas reguladas por la Ley vasca está legalmente fijada y no puede ser alterada por la voluntad de los socios, a diferencia de la de las cooperativas reguladas por la LCOOP en que la organización está en gran medida a disposición de los socios, de forma que pueden por sí mismos determinar el destino de la sociedad y de la actividad empresarial desarrollada en forma societaria.

Esas diferencias estructurales denotan una diferente configuración tipológica. En efecto, la normativa vasca, influenciada por las cooperativas industriales existentes en su territorio y, en particular, por la Corporación de Mondragón, diseña un modelo de gestión ágil y eficiente, e imprescindible para la empresa

de cierta dimensión (GADEA, 2000, II, 46). En realidad, sigue las autorizadas voces que en nuestra doctrina (GARRIGUES/URÍA, 1976, 29-30) destacan las consecuencias negativas que en la práctica ha tenido la intervención de la junta en los asuntos de pura gestión) han manifestado, en el ámbito de las sociedades anónimas, su postura crítica frente a la posibilidad de influencia de los socios en la administración, por considerar que la creciente complejidad y tecnificación del mundo empresarial exige una gestión profesionalizada, más ágil y eficaz que garantice la capacidad operativa de la empresa. Por el contrario, la LCOOP regula un modelo flexible, dado que los estatutos pueden diseñar un modelo similar al descrito o bien otro pensado para empresas pequeñas o medianas, gestionadas por los propios socios, en ocasiones con la intervención de terceros, aunque reservándose siempre los titulares de la empresa algún tipo de influencia sobre los administradores. Paradójicamente, una de las medidas novedosas introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno, con el objeto de reforzar el papel de la junta general y abrir cauces para fomentar la participación del accionariado, es la de extender expresamente la posibilidad de la junta de impartir instrucciones en materia de gestión a todas las sociedades de capital, manteniendo, no obstante, la previsión de que los estatutos puedan limitarla (art. 161 LSC). Concretamente, el artículo 161 de la LSC (intervención de la junta general en asuntos de gestión) dispone que: «Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234».

En lo que sí existe coincidencia es en la ilimitabilidad del poder de representación de los administradores, ya que también la LCOOP —en el artículo 32.1, al igual que la Ley vasca en el artículo 40.2— establece que «en todo caso, las facultades representativas del consejo rector se extienden a todos los actos relacionados con la actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surjan efecto frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los estatutos». Por tanto, el ámbito de actuación de la asamblea general se reduce a la esfera interna de la sociedad; mientras el consejo rector es el encargado de la administración y representación de la cooperativa y, por ello, independientemente de que la asamblea general pueda acordar que se hagan o no determinadas actuaciones, la directa realización de las operaciones del tráfico corresponde a los administradores. Solo a efectos internos los socios pueden adoptar el acuerdo de limitar cuantitativamente la competencia de los administradores, requiriendo su autorización para realizar determinadas operaciones. Pero, esas limitaciones, igual que las instrucciones vinculan a los administradores con la sociedad, no limitan sus competencias frente a terceros, de manera que si incumplieran sus instrucciones, la operación frente a terceros de

buena fe sería válida, si bien la sociedad podría exigirles responsabilidades por haber incumplido los acuerdos de la asamblea general (GADEA, 2000, II, 179).

Sin embargo, se echa de menos la mención en la LCOOP de lo qué sucede si el presidente o los administradores realizan actos con terceros no comprendidos en el objeto social, mención que es una constante tanto en la legislación de sociedades de capital (art. 234.2 LSC) como en algunas de cooperativas (art. 40.2 LCPV, art. 57.4, 2.º LCCLM, art. 43.4, 2.º LCCAN). La solución, por identidad de situación, es la aplicación analógica de la LSC: la sociedad quedará obligada frente al tercero que haya obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando de desprenda de los estatutos inscritos en el Registro que el acto no está comprendido en el objeto social.

Esta es la línea seguida por el RSCE, cuyo Estatuto declara en el apartado segundo del artículo 47, que la SCE quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por su órganos, aun cuando tales actos no se correspondan con el objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos constituyan una extralimitación de los poderes que la legislación del Estado miembro confiere o permite conferir a dichos órgano. No obstante, sigue señalando el precepto, «los Estados miembros podrán establecer que la SCE no quede obligada cuando tales actos sobrepasen los límites del objeto social, si esta prueba que el tercero sabía que el acto sobrepasaba dicho objeto o, habida cuenta de las circunstancias, no podía ignorarlo, quedando entendido que la publicación de los estatutos no constituirá, por sí sola una prueba». Por último, en el apartado 3, de dicho artículo 47, declara que «las limitaciones a los poderes de los órganos de la SCE resultantes de los estatutos o de una decisión de los órganos competentes no se podrán oponer en ningún caso frente a terceros, aunque se hayan publicado».

La cooperativa quedará, por tanto, vinculada con el tercero por las actuaciones del órgano de administración que excedan el objeto social y ello sin perjuicio de la posible responsabilidad de los administradores frente a la sociedad por el perjuicio que pueda generar su actuación y de la posible nulidad de lo actuado por la mala fe de los terceros.

El tema de la extralimitación del administrador por la realización de actos que no están comprendidos en el objeto social ni autorizados por los estatutos o la asamblea es de gran importancia práctica y ha generado, en sede de las sociedades de capital, un buen número de resoluciones de la DGRN (entre otras: las de 11 de marzo de 1992; 13, 14 y 15 de octubre de 1992; 12 de julio de 1993; 12 y 15 de mayo de 1994; 3 de octubre de 1994; 25 de abril de 1997; y 17 de noviembre de 1998) que intentan concretar cuándo el administrador se extralimita en su actuación y las consecuencias jurídicas de realizar actos fuera del objeto social. Aunque es difícil saber cuándo se produce esta extralimitación, y habrá que ir caso por caso y de ahí la importancia de precisar estatutariamente la amplitud del objeto social, se puede afirmar que cuando los actos realizados son contrarios al objeto social es más difícil que los terceros

puedan alegar buena fe (según la RDGRN de 12 de mayo de 1994, la nulidad del acto por extralimitación del administrador solo se dará si la sociedad prueba los dos requisitos de mala fe y culpa grave de terceros de los que habla el artículo 234.2 LSC, aplicable analógicamente a las sociedades cooperativas). En sede cooperativa, los socios no deben tener respecto a los actos y negocios propios de la cooperativa la consideración de terceros de buena fe, ya que les es exigible un conocimiento del contenido de la actividad cooperativizada y las limitaciones estatutarias de las facultades representativas del consejo rector y los contornos del objeto social.

4. LA INTERVENCIÓN

En España, la LCOOP, al configurar el diseño de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas, ha impuesto de manera obligatoria el órgano de Intervención, tendencia que es seguida por la mayoría de las leyes autonómicas, con las siguientes matizaciones: en la LCCAT se exige de intervención a las cooperativas de tres socios (artículo. 51); la Ley valenciana no establece la intervención dentro de los órganos sociales. La LCPV no se refiere al órgano de intervención, sino a la Comisión de Vigilancia, como órgano de fiscalización o control para cooperativas de gran dimensión: no será obligatoria cuando el número de socios resulte inferior a cien (art. 50.1).

Sin embargo, las leyes cooperativas autonómicas más recientes, siguiendo la tendencia iniciada por la Ley valenciana, han optado por prescindir del carácter obligatorio de esta institución. La LCCLM establece que los estatutos sociales podrán prever la designación de una comisión de intervención o de control de la gestión (art. 72). En la LCAND la intervención de ser un órgano obligatorio ha pasado a ser potestativo. Es más, solo pueden regularla cooperativas de más de diez socios (art. 44). En la Exposición de Motivos de la nueva Ley de cooperativas andaluza se hace referencia al cambio y se recoge su justificación, al precisar: «Otra novedad destacable del texto es la supresión, con el carácter de obligatoria, de una figura histórica del derecho cooperativo cual es la de los interventores. La aproximación progresiva al derecho general de sociedades y en especial la asunción de la auditoría externa —que la presente ley extiende a más supuestos de los contemplados convencionalmente para las sociedades cooperativas— convierten a este órgano en algo superfluo e incluso extravagante. Además, el carácter altamente especializado de las tareas de fiscalización económica y contable que se les asignaban no se corresponde, en la gran mayoría de los casos, con la preparación de las personas elegidas para su ejercicio; preparación que, por otra parte, y esto es lo relevante, no se requiere para alcanzar un perfil ajustado de excelencia empresarial. Con todo, coherente con su carácter autonomista, la ley permite su asunción estatutaria por aquellas

sociedades cooperativas de cierta envergadura que la consideren operativa y cuenten con personas adecuadas para su ejercicio».

Por su parte, la LCCAN permite la sustitución del órgano de intervención por un sistema de censura de cuentas ejercitado por profesionales independientes (auditoría externa de las cuentas anuales: art. 77). Por tanto, la Intervención es el órgano de fiscalización al que corresponde el control interno de la contabilidad de la sociedad únicamente cuando la cooperativa no se someta a auditoría de cuentas externa. Llegado este punto, los términos del debate en Cantabria se desplazan a si no debería prescindirse de la obligatoriedad de la auditoría externa por el mero hecho de no contemplar en los estatutos la existencia del órgano de intervención; entre otros aspectos, para no gravar a las sociedades cooperativas frente a otras de parecida tipología, como las sociedades laborales o las SRL. La reivindicación del sector en este punto parece razonable, por lo, según nuestro criterio, debería valorarse nuevamente la eliminación de esa obligación en defecto de órgano de intervención en una futura reforma del texto legal.

El legislador estatal no ha sido consciente de la carga que supone la imposición de este órgano para pequeñas e incluso medianas cooperativas, y, al mismo tiempo, tampoco ha dotado a este órgano de las necesarias funciones y atribuciones para que realmente opere como un órgano fiscalizador de la gestión social. Por ello, a pesar de que, aparentemente, en la estructuración orgánica de las cooperativas pudiera verse un ejemplo de modelo dualista, excepcional en nuestro Derecho de sociedades, en realidad esto no sucede, entre otras cosas, por lo mal perfilado que está dicho órgano en la Ley. En la práctica, no pocas veces, el órgano de intervención compuesto principalmente por socios sin la debida formación (en el mejor de los casos, solo un tercio de los interventores podrán ser expertos independientes: art. 38.3 LCOOP), elegidos por la asamblea general al mismo tiempo y por el mismo tiempo que a los consejeros, por lo que es fácil que pertenezcan al mismo grupo de socios mayoritario, se limita a cumplir con el trámite con la redacción de un breve escrito en el que se dice que «los interventores han examinado las cuentas anuales y han procedido a la consulta de la documentación de la cooperativa, su contenido resulta conforme a las disposiciones legales, y, en su caso, recomiendan la aprobación de las cuentas en la asamblea general».

III. ASPECTOS DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN QUE NECESITAN UNA URGENTE REFORMA

Como ha quedado señalado, en las siguientes páginas vamos a referirnos a aquellos aspectos que, a nuestro juicio, deben ser abordados en nuestra legislación de cooperativas para garantizar el adecuado funcionamiento del órgano de administración. Para fundamentar nuestro estudio tomaremos en consideración

algunas de las recomendaciones contenidas en los informes realizados sobre Buen Gobierno Corporativo (Informe Olivencia de 1998, Informe Aldama de 2003 y el Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo de 2006 (CUBGC), con una clara repercusión legislativa en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo (LMGC) y el más reciente Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores). En el contexto internacional, cabe destacar los informes Winter (2002), Cadbury (1992), Principios del American Law Institute'94, Principios de la OCDE (1999), o la Recomendación de 2003 de la Comisión Europea para la Modernización del Derecho Societario y Mejora del Gobierno Societario de la UE.

El objetivo final de las normas de Mejora del Buen Gobierno Corporativo es velar por el adecuado funcionamiento de los órganos de gobierno y administración de las empresas, para conducir las a las máximas cotas de competitividad; generar confianza y transparencia para con los socios e inversores; mejorar el control interno; y asegurar la adecuada segregación de funciones, deberes y responsabilidades, desde una perspectiva de máxima profesionalidad y rigor.

El problema que se presenta en este ámbito es que el modelo empresarial cooperativo es versátil y flexible, de manera que puede adaptarse a casi cualquier sector de la actividad económica y adoptar la forma tanto de empresas pequeñas, restringidas al ámbito local, como de grandes conglomerados multinacionales. Siendo ello así, y existiendo únicamente un único tipo societario para desarrollar el modelo empresarial cooperativo, la clave para atender las necesidades de cada empresa cooperativa es la flexibilidad.

Como ha señalado PAULINE GREEN, presidenta de la Alianza Cooperativa Internacional, en el Prólogo del documento; «La gobernanza cooperativa apta para construir resiliencia frente a la complejidad» (ACI, 2015): «La gobernanza es un componente clave de la diferencia cooperativa. Los principios y valores cooperativos apelan a un proceso de toma de decisiones abierto, voluntario y democrático, y la gobernanza cooperativa es un instrumento esencial para la aplicación de esos principios y valores. En una economía mundial cada vez más regulada, compleja e interdependiente y en la que las presiones del mercado son cada vez más fuertes se requiere de una referencia actualizada sobre los postulados básicos de la gobernanza cooperativa».

No obstante, siendo ello así, y aunque la mayor parte de la problemática que plantean los Códigos de gobierno corporativo se centra en la sociedad anónima cotizada, no lo es menos que algunos de los temas que se plantean no son exclusivos de esa realidad societaria, sino que resultan plenamente vigentes para otros tipos societarios donde se presenta la misma problemática vinculada con el abuso de poder, la falta de controles, la falta de transparencia o la endogamia orgánica.

1. SOBRE LA NECESARIA FLEXIBILIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

En la configuración del órgano de administración de las cooperativas se impone el Consejo Rector como forma natural de administración, siendo solo posible optar por la figura del administrador único en las cooperativas de pocos socios. Así, en la LCOOP, y en algunas leyes cooperativas autonómicas, se establece que es posible optar estatutariamente por la figura del administrador único en aquellas cooperativas «cuyo número de socios sea inferior a diez» (art. 32, 2.º LCCOOP y alguna ley autonómica: art. 37.2.4.º LFCN).

Según nuestro criterio, esta opción legislativa de atribución genérica de la administración de la cooperativa al el Consejo Rector resulta criticable e impide adecuar la estructura de cada cooperativa a su dimensión real y a la voluntad de los socios. Imaginemos, por ejemplo, una cooperativa de cuatro socios que, por las razones que sea (no está previsto en los estatutos, hay cierta confrontación entre los socios, etc.), no quiere nombrar un administrador único: en muchos casos, se encontrará con la necesidad de constituir un consejo rector, en el que uno de los socios ocupará el cargo de presidente del Consejo, otro el de vicepresidente, otro el de secretario y el cuarto tendrá que ser obligatoriamente interventor. No tiene sentido tener que optar por una estructura tan compleja para una cooperativa de reducidas dimensiones. A nuestro juicio, es evidente la necesidad de un modelo normativo con mayores concesiones a la autorregulación (así también: VARGAS VASSEROT, 2009, 59 y sigs.).

Según nuestro criterio, lo adecuado es abrir la estructura de la administración a la libertad de configuración estatutaria, dependiendo no de aspectos meramente formales como el número de socios, sino de la voluntad de los socios.

En este proceso de flexibilización del órgano de administración a las necesidades reales de las cooperativas dio un paso importante la Ley 8/2006, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Especiales de Extremadura, al establecer que «los estatutos determinarán el modo de organizar la administración y ejercer la representación de la sociedad, pudiendo establecer distintos modos, en cuyo caso corresponderá a la Asamblea General la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria, pero elevando el acuerdo a escritura pública e inscribiéndolo en el Registro de Sociedades Cooperativas de Extremadura» (art. 9.2 LCEEX). Esta fórmula sigue el sistema previsto para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 210.3 de la LSC), ofreciendo la posibilidad de optar por un administrador único, por varios administradores solidarios, por varios administradores conjuntos o por un consejo rector (art. 9.1 LCEEX), de manera que permite a cada cooperativa optar por la fórmula de configuración del sistema de administración que mejor se ajuste a su realidad. De manera similar, la Ley 6/2008, de 25 de junio, de la Sociedad Cooperativa Pequeña de Euskadi establece que el órgano de administración para este subtipo de cooperativa de trabajo asociado de pequeña dimensión, puede ser

unipersonal —persona administradora única—, pluripersonal —personas administradoras solidarias o mancomunadas— o colegiado —consejo rector (art. 5).

Consideramos que esta opción legislativa es la debería extenderse en la legislación cooperativa, como han hecho recientemente algunas leyes de cooperativas como la Ley asturiana (Ley del Principado de Asturias 4/2010, de 29 de junio, de Cooperativas) o la Ley de Castilla-La Mancha (Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla-La Mancha), que admiten la posibilidad de elegir administración única, solidaria, mancomunadas o consejo rector, independientemente del número de socios que tenga la cooperativa. E incluso que los estatutos sociales puedan establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la asamblea general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria (art. 59 y 55, respectivamente). Recordemos que la LSC, establece que «los estatutos podrán establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la Junta General la facultad de optar alternativamente por cualquier de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria» (art. 210.3), teniendo, eso sí, que constar en la escritura el modo concreto en que inicialmente se organice la administración, en caso de que los estatutos prevean distintas alternativas (art. 22.2 y art. 23, letra e)). En cambio, la LCOOP, siguiendo a la LSA (art. 9, letra h)), obliga a la fijación estatutaria de la estructura del órgano de administración que va a regir en la sociedad. Esto significa que cada vez que se cambie de forma de administración se tendrá que hacer una modificación de los estatutos sociales y esto en las cooperativas puede pasar simplemente por el ingreso o salida de un socio de la entidad.

2. SOBRE LA CONVENIENTE DESCONCENTRACIÓN DE PODER DEL PRESIDENTE DE LA COOPERATIVA

La doctrina, y a nuestro juicio con razón, ha sido muy crítica con la atribución del poder de representación de la cooperativa a su presidente, que se convierte en una especie de órgano individual de representación que puede con sus decisiones vincular a la cooperativa con terceros con los riesgos y peligros que para el tráfico y para la propia sociedad esto conlleva (MORILLAS, FELIÚ, 2002, 297-301 y PANIAGUA, 2005, 216). Esta opción legislativa además va en contra de la opción legal a favor de la preeminente forma de administración de la cooperativa, que es la colegial en la figura del consejo rector, por lo que no se entiende porque la mayoría de las leyes autonómicas (con mejor criterio la vasca remite a los estatutos para determinar el modo que se ejerce la representación de la sociedad: art. 40.2 LCPV), han seguido el mismo criterio de atribución *ex lege* de la representación de la cooperativa al presidente del consejo rector.

De *lege ferenda* se impone la eliminación de este excesivo poder al presidente, que mal usado, puede comprometer gravemente a la cooperativa y se debería, al igual que ocurre para las sociedades mercantiles atribuir la representación legal al órgano de administración (léase consejo rector) y que este sea el que por acuerdo interno de la asamblea general o del propio consejo rector atribuya, en su caso, la representación legal al presidente (art. 233.2, letra d] LSC).

De *lege lata* nos decantamos por una interpretación correctora de dicha atribución en el sentido de que la legitimación de la actuación del presidente depende de la previa decisión del órgano de administración, decisión que debe acreditarse por medio de la certificación de los oportunos acuerdos sociales, bien del propio consejo rector bien de la Asamblea, ya que a él le corresponde la representación de la cooperativa en la ejecución de los acuerdos de la asamblea o por medio de un poder específico cuando se hubieran delegado facultades en su persona.

En relación con el presidente del Consejo, el Código Unificado del Buen Gobierno Corporativo de 2006 (CUBGC) ha apuntado las consideraciones que transcribimos a continuación, por considerarlas de utilidad para la configuración de estos cargos en las cooperativas de cierta dimensión:

No hace falta resaltar el papel de primer orden que está llamado a desempeñar el presidente para lograr un adecuado funcionamiento del Consejo [...]. El debate aparece, sin embargo, a la hora de evaluar la posición del Presidente en la organización y concretamente de determinar si es oportuno separar o acumular los cargos de presidente del Consejo y de primer ejecutivo de la sociedad. El Código es consciente de que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación que alternativamente se generarían. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esa solución: la concentración de mucho poder en manos de una única persona. En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación precisa, el Código mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia o no de separar ambos cargos. No obstante, su preocupación por preservar las mejores condiciones para el buen desarrollo de la función general de supervisión, le lleva a aconsejar la adopción de medidas de contrapeso que eviten la excesiva concentración de poder en una persona [...]. Por ello (en la línea del Informe Olivencia y de la práctica de muchos países) se recomienda:

16. Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del Consejo, se asegure que los consejeros reciban con carácter previo

información suficiente; estimule el debate y la participación activa de los consejeros durante las sesiones del Consejo, salvaguardando su libre toma de posición y expresión de opinión; y organice y coordine con los presidentes de las Comisiones relevantes la evaluación periódica del Consejo, así como, en su caso, la del Consejero Delegado o primer ejecutivo.

17. Que, cuando el presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su presidente.

En términos similares, pero ya con la referencia expresa a la necesidad de nombrar un consejero coordinador entre los consejeros independientes que ejerza de contrapeso, cuando el Presidente tenga la condición de consejero ejecutivo (así, el art. 529 sexies de la LSC), el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ha dispuesto lo siguiente:

Principio 16: El presidente es el máximo responsable del eficaz funcionamiento del consejo de administración y, en caso de ser también ejecutivo de la sociedad, se ampliarán las competencias del consejero independiente coordinador.

El presidente está llamado a desempeñar un papel de primer orden para lograr un adecuado funcionamiento del consejo de administración, lo que ha sido recogido expresamente por la legislación mercantil (art. 529 sexies de la Ley de Sociedades de Capital).

El debate surge, sin embargo, a la hora de determinar si es oportuno que el cargo de presidente del consejo de administración pueda recaer en un consejero ejecutivo de la sociedad.

A este respecto, se considera que cualquiera de las soluciones ofrece ventajas e inconvenientes. La acumulación de cargos puede proporcionar a la compañía un liderazgo claro en el ámbito interno y en el externo, así como reducir los costes de información y coordinación. Pero ello no debe hacernos olvidar la principal desventaja que presenta esta solución, a saber, la concentración de mucho poder en manos de una única persona.

En estas circunstancias, a la vista también de la falta de uniformidad en la práctica internacional y de la inexistencia de base empírica para formular una recomendación taxativa a favor de uno u otro criterio, se mantiene el criterio de no pronunciarse sobre la conveniencia, o no, de separar ambos cargos.

No obstante, se considera necesario que cuando sean ejercidos por la misma persona se establezcan medidas correctoras. Así, la normativa societaria establece una mayoría reforzada de dos tercios para el nombramiento del presidente en estos casos y recoge como norma (art. 529 septies de la Ley de Sociedades de Capital) la obligación de nombrar un consejero coordinador de entre los consejeros independientes, estableciendo como cautela adicional que en su nombramiento deberán abstenerse los consejeros ejecutivos.

En este contexto, se recomienda que, para consolidar y hacer más eficaz su desempeño, las funciones del consejero coordinador se extiendan a aspectos adicionales como las relaciones con los accionistas de la sociedad en materia de gobierno corporativo o la dirección del plan de sucesión del presidente.

Recomendaciones 33 y 34:

Recomendación 33. Que el presidente, como responsable del eficaz funcionamiento del Consejo de administración, además de ejercer las funciones que tiene legal y estatutariamente atribuidas, prepare y someta al Consejo de administración un programa de fechas y asuntos a tratar; organice y coordine la evaluación periódica del consejo, así como, en su caso, la del primer ejecutivo de la sociedad; sea responsable de la dirección del consejo y de la efectividad de su funcionamiento; se asegure de que se dedica suficiente tiempo de discusión a las cuestiones estratégicas, y acuerde y revise los programas de actualización de conocimientos para cada consejero, cuando las circunstancias lo aconsejen.

Recomendación 34. Que cuando exista un consejero coordinador, los estatutos o el reglamento del consejo de administración, además de las facultades que le corresponden legalmente, le atribuya las siguientes: presidir el Consejo de administración en ausencia del presidente y de los vicepresidentes, en caso de existir; hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros no ejecutivos; mantener contactos con inversores y accionistas para conocer sus puntos de vista a efectos de formarse una opinión sobre sus preocupaciones, en particular, en relación con el gobierno corporativo de la sociedad; y coordinar el plan de sucesión del presidente.

La separación de roles entre presidente y director ejecutivo es frecuentemente vista como una buena práctica también en el ámbito cooperativo. Por ejemplo, el Código de Gobernanza de las Cooperativas de Consumidores del Reino Unido estipula que el presidente no debe ser un empleado de la cooperativa y, por lo

tanto, que no debe ser director ejecutivo. Se parte de la idea de sugieren que el respeto mutuo y la confianza son esenciales para el desarrollo de una relación exitosa entre el presidente y el director ejecutivo. La franqueza, la honestidad y la sensibilidad son importantes en el desarrollo de la confianza y el respeto mutuo. Si se adopta una actitud defensiva o se oculta información relevante, existe el peligro de que se genere desconfianza y el surgimiento de una relación negativa o, inclusive, una lucha por el poder. Si esto persiste puede crearse un círculo vicioso que vaya deteriorando la relación hasta producir, en ciertas ocasiones, una ruptura con consecuencias muy nocivas para el consejo y la organización. Sin embargo, el desarrollo de una relación de confianza entre el presidente y el director ejecutivo no significa que deba existir una confianza ciega. Si un presidente es demasiado cercano al director ejecutivo, surge el riesgo de que no exista la distancia suficiente para cuestionar sus propuestas o pedirle cuentas. También existe el peligro de que ambos conformen una coalición que haga difícil que el consejo cuestione sus propuestas conjuntas. Un papel fundamental del presidente es brindar apoyo al director ejecutivo y actuar como su caja de resonancia en el Consejo, pero asegurando siempre que las propuestas de la gerencia estén sujetas a una revisión crítica por parte del Consejo. Aunque el compromiso de ambos con los principios cooperativos tiene una importancia vital, la mayor parte del tiempo del director ejecutivo estará inevitablemente dedicada a asegurar el éxito de la cooperativa como empresa. En consecuencia, una tarea importante del presidente será tratar de asegurar que ese tipo de dedicación no vaya en desmedro de los principios y la misión de la cooperativa. Esto implica garantizar que las propuestas de la gerencia son supervisadas respecto a su impacto potencial, tanto en los asociados y en la identidad cooperativa como en el desempeño empresarial (CORNFORTH, 2015, 108-109).

3. LA PROFESIONALIZACIÓN DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN

Aspecto clave en el ámbito cooperativo es la apuesta por la profesionalización de los órganos de administración, con el objeto de mejorar la gestión. En este punto, como en otros, no se puede decir que haya uniformidad en el Derecho cooperativo español: nos encontramos con normas más restrictivas, que exigen la cualidad de socio a todos los consejeros: LCEX (art. 37.2) o LCCV (art. 42.2), y otras que, con criterio más liberal, establecen simplemente que «la mayor parte de sus miembros han de ser socios que lleven a cabo la actividad cooperativizada principal»: LCCAT (art. 41.2, letra a)). Junto a ellas, coexistentes previsiones intermedias que, al igual que la LCOOP (art. 34.2), fijan el porcentaje de consejeros no socios en un tercio del total; por su parte, la LCPV (art. 41.1) y la LCCM (art. 41. 2.º) establecen el límite de la cuarta parte de los consejeros.

Es cierto que para justificar la oposición a que haya consejeros no socios en los consejos rectores de las cooperativas se ha señalado que esa posibilidad es contraria al principio de gestión democrática, pero no lo es menos que, frente a esa crítica, cabe aducir diferentes argumentos justificativos de su admisión: primero, que esa posibilidad debe estar recogida en los estatutos y quien elige a estos consejeros son los socios en la asamblea general (por todos, art. 34.1 LCOOP), que los pueden destituir en cualquier momento, por lo que la gestión sigue siendo democrática; segundo, a estos consejeros se le exige determinada cualificación profesional y experiencia, lo que constituye una dosis de profesionalidad cada vez es más necesaria en el seno del consejo rector (por ejemplo, para ocupar el cargo de secretario o para participar en las comisiones que se constituyan), por lo que la existencia de consejeros externos e independientes puede constituir una mejora del gobierno corporativo de la cooperativa con las ventajas que ello conlleva para los socios. La presencia de estos consejeros puede favorecer una gestión más plural, independiente y profesionalizada. En todo caso, en la actualidad, el principio cooperativo de gestión democrática por parte de los socios debe ser interpretado con flexibilidad y de acuerdo con el contexto económico actual. Lo importante, como ya reconocía la ACI en su XXIII Congreso (Viena, 1966) es que las cooperativas sean administradas por personas elegidas o designadas por medio de un procedimiento acordado por su socios y ser responsables ante estos.

La existencia de consejeros profesionales no socios nos lleva a uno de los temas estrella del buen gobierno corporativo, como es el de los tipos de consejeros en el seno de los Consejos de Administración. En los Informes sobre la mejora de la gobernanza empresarial, destaca la previsión de distintas clases de consejeros, como son los consejeros ejecutivos, que son aquellos que desarrollan funciones de gestión y dirección; los consejeros dominicales, que representan a los accionistas significativos; y los consejeros independientes, que son designados por sus condiciones personales y profesionales y carentes de vínculos con la sociedad, sus socios significativos y sus directivos.

Dentro de la categoría de los consejeros ejecutivos se incluyen los consejeros delegados, el presidente, vicepresidente, miembros de la comisión ejecutiva, consejeros con funciones de alta dirección y normalmente con un contrato de alta dirección. Los Códigos de buen gobierno recomiendan que los consejeros externos (independientes y dominicales) sean mayoría respecto a los ejecutivos, pero es cierto que la categoría de consejero dominical no se adecua bien a las peculiaridades de las sociedades cooperativas. No obstante, a pesar de que ello, si nos parecen de interés algunas de las recomendaciones contenidas en el CUGC para los consejeros independientes. Así, por ejemplo:

13. Que el número de consejeros independientes representen al menos un tercio del total de consejeros» (mínimo que es el máximo que establece la LCOOP para el nombramiento de consejeros no socios).

17. Que, cuando el presidente del Consejo sea también el primer ejecutivo de la sociedad, se faculte a uno de los consejeros independientes para solicitar la convocatoria del Consejo o la inclusión de nuevos puntos en el orden del día; para coordinar y hacerse eco de las preocupaciones de los consejeros externos; y para dirigir la evaluación por el Consejo de su presidente.

29. Que los consejeros independientes no permanezcan como tales durante un periodo continuado superior a doce años.

31. Que el Consejo de Administración no proponga el cese de ningún consejero independiente antes del cumplimiento del periodo estatutario para el que hubiera sido nombrado, salvo que concurra justa causa.

Por su parte, en el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se amplía la presencia de consejeros independientes en el consejo al señalar en la Recomendación 17:

«Que el número de consejeros independientes represente, al menos, la mitad del total de consejeros».

4. LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DEL CONSEJO RECTOR

Esta competencia del consejo rector viene expresamente recogida en la LCOOP, que añade a las funciones de gestión y representación social, la de «supervisión de los directivos», aunque después esta función no se desarrollada en otros precepto de la Ley. En concreto, el artículo 32.1 señala que:

«El Consejo Rector es el órgano colegiado de gobierno al que corresponde, al menos, la alta gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la sociedad cooperativa, con sujeción a la Ley, a los Estatutos y a la política general fijada por la Asamblea General».

Es un hecho que en las sociedades con cierta dimensión, incluidas las cooperativas, las funciones de gestión son realizadas, fundamentalmente, por el equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía (presidente o consejero delegado). Esta realidad conlleva la necesidad de diferenciar las funciones de dirección y supervisión, y de potenciar estas últimas para intentar poner freno al *coste de agencia*, que es aquel en el que incurren las sociedades por el eventual desajuste entre los intereses de los directivos y los intereses de los socios y de la sociedad en su conjunto, y que también existe en las sociedades cooperativas (sobre la necesaria alineación de los intereses de la gestión con los intereses de los socios: ALONSO UREBA, 2006, 769 y sigs.).

Al problema de la apropiación gerencial en el ámbito cooperativo se refiere BIRCHALL (2015, 25-26) al señalar que: «Cuando más grande es la cooperativa más difícil es que los dirigentes puedan controlar a los gerentes. Si aplicamos la teoría de la agencia, el consejo de administración sería el principal y los gerentes serán los agentes. De acuerdo a esta teoría, si no se los detiene, los gerentes promoverán sus propios intereses y no los del consejo o los de los asociados». Por ello, desde hace años en el marco de las sociedades cotizadas, cuyas reflexiones son importables a las grandes sociedades cooperativas, se considera que la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de administración.

En el marco del modelo monista de la administración que domina nuestro Derecho de sociedades, se percibe una clara evolución hacia un monismo moderado o renovado, en el que el consejo de administración asume una delimitación autónoma y separada de la función supervisora. Esta delimitación separada de los ámbitos funcionales de la dirección y supervisión supone, a su vez, la consagración de un estatuto diferente de los consejeros ejecutivos y los no ejecutivos. Con esta finalidad de diferenciación de funciones, desde distintas instancias se está reforzando el papel supervisor de los administradores (ESTEBAN VELASCO, 2006, 751-753).

Una cuestión esencial es determinar si la autonomía estatutaria de las cooperativas y las facultades de autoorganización del consejo rector permitirían acoger el desarrollo que se han llevado a cabo en el marco de las sociedades cotizadas. En principio, y sin perjuicio de algunas especialidades derivadas por ejemplo de la poca presencia de consejeros independientes, el marco legal de las sociedades cooperativas permite dicho desarrollo. En realidad, nada obsta a que el consejo rector cree en su seno comisiones para asumir estas funciones de supervisión y control. Por ejemplo, el CUBG recomienda la constitución de un *Comité de Auditoría* (apdos. 46-53 CUBG), exigido por la Ley del Mercado de Valores (disposición adicional 18.^a) a las entidades que emitan valores; y una o dos comisiones separadas de *Nombramientos y Retribuciones* (apdos. 54-58 CUBG). Sobre las particularidades de estas comisiones o comités, el CUBG tuvo muy en cuenta el contenido de la Recomendación de la Comisión de la UE relativa al papel de los administradores no ejecutivos o supervisores y al de los comités de consejos de administración o de supervisión aplicables a las empresas que cotizan en Bolsa (2005/162/CE). Estas previsiones han tenido acogida en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo (LMGC), que introduce la obligación de que los Consejos de administración de las sociedades cotizadas constituyan, al menos, una comisión de auditoría y una comisión, o dos comisiones separadas, de nombramientos y retribuciones, con la composición y las funciones mínimas que se indican en la ley (art. 529 *terdecies* de la LSC).

Sobre las comisiones referidas, el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas, aprobado en febrero de 2015, señala:

La comisión de auditoría

Principio 20: *La comisión de auditoría, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros, en particular el presidente, se designarán teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o gestión de riesgos, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación.*

La comisión de auditoría es objeto de regulación en la legislación mercantil tanto por lo que se refiere a su obligatoriedad para las sociedades cotizadas como a su composición, presidencia y funciones mínimas (informar a la junta general de accionistas; supervisar la eficacia del control interno, de la auditoría interna, de los sistemas de gestión de riesgos y del proceso de elaboración y presentación de la información financiera preceptiva; proponer la selección, nombramiento, reelección y sustitución del auditor externo y supervisar su independencia).

En esta materia, las recomendaciones van dirigidas a reforzar las normas legales en relación con la función de la auditoría interna, a ampliar las funciones de la comisión de auditoría y a establecer determinados criterios adicionales sobre su composición que refuercen su especialización e independencia.

La comisión de nombramientos y retribuciones.

Principio 22: *La comisión de nombramientos y retribuciones, que en las sociedades de elevada capitalización serán dos comisiones separadas, además de cumplir los requisitos legales, estará compuesta por una mayoría de consejeros independientes y sus miembros se designarán teniendo en cuenta los conocimientos, aptitudes y experiencia necesarios, y sus normas de funcionamiento reforzarán su especialización, independencia y ámbito de actuación.*

El acierto en el nombramiento y motivación posterior de los consejeros resulta decisivo para el eficaz funcionamiento del consejo de administración, para lo que resulta esencial la colaboración de una comisión especializada que auxilie al consejo de administración en el logro de este objetivo.

La experiencia adquirida en los últimos años ha demostrado la importancia que tiene para las empresas un órgano de administración bien gestionado. Se hace necesario, por tanto, regular ciertos aspectos a los cuales se viene otorgando cada vez mayor relevancia, como son la transparencia en los órganos de gobierno, la adecuada gestión de los riesgos o la independencia, la partici-

pación y la profesionalización de los consejeros. Las sociedades cooperativas también deben modernizar su gobernanza y no pueden dejar de incorporar las medidas necesarias dirigidas a contribuir al funcionamiento eficiente del consejo rector.

IV. CONCLUSIONES

I. Tras el estudio de la estructura orgánica de las sociedades cooperativas y de lectura detenida del régimen jurídico contenido en los artículos 19-44 LCOOP, lo que más sorprende es el escaso margen que se concede a la autonomía privada, la poca flexibilidad para la configuración estatutaria de los órganos sociales y el paralelismo que guarda su régimen respecto a la Sociedad anónima (al que se remite expresamente en materia de responsabilidad de administradores), con la salvedad de la imposición de la Intervención, órgano de control inexistente en otros tipos societarios. La sensación de exceso de reglamentación legislativa se acentúa cuando se analiza la composición del consejo rector y el número de cargos que con carácter imperativo impone la Ley: presidente, vicepresidente y secretario.

II. Un gran número de estas previsiones legales, como buena parte de la LCOOP, tienen sentido en cooperativas de gran tamaño, que es el tipo de empresa en la que parece estar pensando el legislador cooperativo, sin tener en la mayoría de las ocasiones en cuenta el proceso de expansión del fenómeno cooperativo a PYMEs e incluso a las microempresas, impulsado de manera particular por las CCAA en los últimos años con normas *ad hoc*. El problema de fondo es que existe un único tipo societario para toda clase de cooperativa, por lo que entendemos que la clave para resolver ese problema pasa por la aprobación una regulación flexible.

III. La sociedad cooperativa regulada en nuestro Derecho debe permitir, vía estatutaria, una mayor o menor capacidad de modulación de la presencia de los socios en las decisiones sociales en función de las particulares necesidades que cada sociedad pretende atender o encauzar y así determinar un modelo plenamente corporativo, que potencie y garantice la autonomía de los administradores o un modelo personalista e intervencionista en favor de los socios o modelos intermedios basados en un equilibrio adaptado a las circunstancias de la empresa, aunque, en cualquier caso, evitando que los administradores se convirtieran en meros ejecutores de los actos decididos por los socios, es decir: los poderes de intervención podrán referirse a asuntos concretos de especial importancia: actos o categorías de actos que se refieran a la estructura financiera de la empresa o que pertenezcan a la llamada administración extraordinaria. Incluso se puede pensar en ocasionales instrucciones sobre asuntos ordinarios, pero nunca injerencias que por su frecuencia o intensidad

anulen la posición de los administradores con un mínimo de competencia gestora autónoma.

IV. La flexibilidad normativa debe posibilitar también la supresión del carácter obligatorio de la Intervención. La aproximación progresiva al derecho general de sociedades y, en especial, la asunción de la auditoría externa para las cooperativas de mayor tamaño, unido al carácter altamente especializado de las tareas de fiscalización económica y contable que se le asignan no se corresponde, en la gran mayoría de los casos, con la preparación de las personas elegidas para su ejercicio, justifica que las leyes permitan la asunción estatutaria solo por aquellas sociedades cooperativas de cierta envergadura que la consideren operativa y cuenten con personas adecuadas para su ejercicio.

V. La opción legislativa de atribución genérica de la administración de la cooperativa al consejo rector resulta criticable e impide adecuar la estructura de cada cooperativa a su dimensión real y a la voluntad de los socios. Según nuestro criterio, lo adecuado es abrir la estructura de la administración a la libertad de configuración estatutaria, dependiendo no de aspectos meramente formales como el número de socios, sino de la voluntad de los socios. Consideramos que esta opción legislativa es la debería extenderse en la legislación cooperativa, con lo que se debería admitirse la posibilidad de elegir administración única, solidaria, mancomunadas o consejo rector, independientemente del número de socios que tenga la cooperativa. E incluso que los estatutos sociales puedan establecer distintos modos de organizar la administración, atribuyendo a la asamblea general la facultad de optar alternativamente por cualquiera de ellos sin necesidad de modificación estatutaria.

VI. La atribución *ex lege* del poder de representación de la cooperativa a su presidente, que se convierte en una especie de órgano individual de representación que puede con sus decisiones vincular a la cooperativa con terceros con los riesgos y peligros que para el tráfico y para la propia sociedad esto conlleva, debe ser corregida. Las distintas normas deben o bien remitir a los estatutos para determinar el modo en que se ejercerá la representación de la sociedad o bien, al igual que ocurre para las sociedades mercantiles, atribuir la representación legal al órgano de administración (consejo rector) y que sea este el que por acuerdo interno de la asamblea general o del propio consejo rector atribuya, en su caso, la representación legal al presidente (art. 233.2, letra d) LSC).

VII. Es un hecho que en las sociedades con cierta dimensión, incluidas las cooperativas, las funciones de gestión son realizadas, fundamentalmente, por el equipo de dirección, que trabaja bajo la autoridad inmediata del primer ejecutivo de la compañía (presidente o consejero delegado). Esta realidad conlleva la necesidad de diferenciar las funciones de dirección y supervisión, y de potenciar estas últimas para intentar poner freno al *coste de agencia*. Por ello, desde hace años en el marco de las sociedades cotizadas se considera que la función general de supervisión es la más genuina del Consejo de administra-

ción. Una cuestión esencial es determinar que la autonomía estatutaria de las cooperativas y las facultades de autoorganización del consejo rector permiten acoger el desarrollo que se han llevado a cabo en el marco de las sociedades cotizadas; es decir, aclarar que nada obsta a que el consejo rector cree en su seno comisiones para asumir estas funciones de supervisión y control mediante una Comisión de Auditoría y una o dos comisiones separadas de Nombramientos y Retribuciones, en las que están llamados a ocupar un papel clave los consejeros independientes.

VIII. En definitiva, no cabe duda que la gobernanza es un componente clave de la diferencia cooperativa y que la mayor parte de la problemática que plantean los Códigos de gobierno corporativo se centran en la sociedad anónima cotizada, pero aun así no deja de ser también cierto que algunos de los temas que plantean en los Códigos de gobierno corporativo no son exclusivos de esa realidad societaria, sino que resultan plenamente vigentes para otros tipos societarios, donde se presenta la misma problemática vinculada con el abuso de poder, la falta de controles, la falta de transparencia o la endogamia orgánica. En una economía mundial cada vez más regulada, compleja e interdependiente y en la que las presiones del mercado son cada vez más fuertes se requiere de una referencia actualizada sobre los postulados básicos de la gobernanza. Las sociedades cooperativas también deben modernizar su gobernanza y no pueden dejar de incorporar las medidas necesarias dirigidas a contribuir al funcionamiento eficiente de sus órganos de administración.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STC de 29 de julio de 1983
- STC de 27 de marzo de 1984
- STC de 5 de diciembre de 1985
- STC de 11 de mayo de 1989
- STS de 22 de enero de 1904
- STS de 24 de enero de 1990
- RDGRN de 11 de marzo de 1992
- RDGRN de 13 de octubre de 1992
- RDGRN de 14 de octubre de 1992
- RDGRN de 15 de octubre de 1992
- RDGRN de 12 de julio de 1993
- RDGRN de 12 de mayo de 1994
- RDGRN de 15 de mayo de 1994
- RDGRN de 3 de octubre de 1994
- RDGRN de 25 de abril de 1997
- RDGRN de 17 de noviembre de 1998

BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSO SÁNCHEZ y SÁNCHEZ RUIZ (2007). Aspectos generales sobre el buen gobierno de las cooperativas y de los grupos cooperativos, *RDM*, núm. 266, pp. 1051-1086.
- ALONSO UREBA, A. (2006). Diferenciación de funciones (supervisión y dirección) y tipología de consejeros (ejecutivos y no ejecutivos) en las perspectiva de los artículos 133.3 y 141.1 del TRLSA, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, T. II, Madrid: Thomson-Aranzadi, pp. 769-850.
- ARROYO MARTÍNEZ, I. (1992). *Legislación sobre cooperativas*, 3.^a ed.: Tecnos.
- BIRCHALL, J. (2015). *El diseño de estructuras eficaces de gobernanza democrática para las grandes cooperativas*, en *La gobernanza cooperativa apta para construir resiliencia frente a la complejidad*, disponible en <http://www.icagovernancepaper-es.pdf>, pp. 25-33.
- BROSETA, J. (1965). *La empresa, la unificación del derecho de obligaciones y el Derecho mercantil*, Madrid: Tecnos.
- CORNFORTH, C. (2015). El triángulo eterno: el papel decisivo del Presidente y el Director Ejecutivo en el empoderamiento del consejo, en *La gobernanza cooperativa apta para construir resiliencia frente a la complejidad*, disponible en <http://www.icagovernancepaper-es.pdf>, pp. 107-113.
- DIVAR J. (1985). *La alternativa cooperativa*, Barcelona: CEAC.
- ESTEBAN VELASCO, G. (1997). La administración de la SRL, en *Tratado de la Sociedad Limitada*, coord. Paz-Ares, Madrid: Fundación Cultural del Notariado, pp. 692-771.
- (2006). La separación entre Dirección y Control: el sistema monista español frente a la opción entre distintos sistemas que ofrece el Derecho comparado, en *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, T. II, ALONSO UREBA y RODRÍGUEZ ARTIGAS, Madrid: Thomson-Aranzadi, pp. 727-768.
- GADEA SOLER, E. (2000 I). *Derecho de las Cooperativas (Análisis de la Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco)*, Bilbao, 2.^a ed.: Universidad de Deusto.
- (2000 II). *Los órganos sociales*, BAIDC, núm. 34 (Monográfico sobre la Ley General de Cooperativas de España), pp. 35-57.
- GARRIGUES, J. y URÍA, R. (1976). *Comentarios a la Ley de sociedades anónimas*, Tomo II, Madrid.
- GIRÓN, J. (1954). Sobre los conceptos de sociedad en nuestro Derecho, *RDP*, pp. 396 y sigs.
- GONDRA, J. M. (1992). *Derecho mercantil I. Introducción*, Madrid: UCM.
- IGLESIAS PRADA, J. L. (1994). *Los órganos sociales en el anteproyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, RCDI, pp. 186-223.
- MORILLAS JARILLO, M. J. y FELIÚ REY, M. (2002). *Curso de cooperativas*, Madrid, 2.^a ed., Tecnos.
- PANIAGUA ZURERA, M. (2005). La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social, vol. 1, Tomo XXII del *Tratado de Derecho mercantil*, coord. Jiménez Sánchez, Madrid: Marcial Pons.
- PAZ CANALEJO, N. (1990). *Ley General de cooperativas*, T. XX, vol. 2.^o (arts. 29 a 66), PAZ CANALEJO, N. y VICENT CHULIÁ, *Comentarios al Código de Comercio y Legislación mercantil especial*, dirs. Sánchez Calero y Albaladejo, Madrid: EDERSA.

- SACRISTÁN BERGIA, F. (2005). Sobre la estructura y el régimen de responsabilidad del órgano de administración de las cooperativas, en *Consideraciones sobre la legislación cooperativa autonómica*, Oviedo: Gobierno del principado de Asturias. FFES, pp. 165-181.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (2007). *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, 2.^a ed., Civitas.
- VARGAS VASSEROT, C. (2009). La estructura orgánica de la sociedad cooperativa. El reto de la modernidad corporativa, *CIRIEC*, núm. 29, pp. 59-82.

NOTAS

¹ La GenG establece que «las cooperativas participan de la condición de comerciantes en el sentido del Código de comercio, salvo que la presente Ley disponga lo contrario» (§ 17.2). Sobre el carácter de comerciante por la forma (*Formkaufmann*) de las cooperativas, con el que se le atribuye la condición jurídica de comerciante por la simple adopción de una forma de organización, y la traslación de este criterio de la Ley de cooperativas de 1868 a la AktienGesetz de 1870 y a la GmbHGesetz de 1892.

² Repárese que, en el año 1978 (Real Decreto 1885/1978) a una sociedad de carácter esencialmente mutualista y fuertemente personalista como la sociedad de garantía recíproca se le atribuye expresamente carácter mercantil por ser lo más adecuado para una eficaz organización. Como actualmente reconoce el artículo 4 de la Ley 1/1994, sobre el régimen jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca.

³ En esta línea se manifiesta la STC 72/1983, que tras negar con carácter general el carácter mercantil de las cooperativas afirma indirectamente la vigencia del artículo 124 Ccom al afirmar que «si en algún supuesto, por aplicación de la legislación general de carácter mercantil, debiera calificarse de sociedad mercantil algún tipo de cooperativa (...) en este caso sería de aplicación la legislación mercantil...». En cambio otras sentencias, por ejemplo la STS de 24 de enero de 1990, al resolver la aplicación de la institución de la quiebra a una cooperativa valenciana, consideran que los conceptos de comerciante y actos de comercio han sido «rebasado por el Derecho mercantil actual, que contempla básicamente la actividad empresarial como fin esencial del Derecho mercantil, extremos tenidos en cuenta sin duda alguna por el legislador (...) cuando aún no se ha producido la modificación del Código de comercio, superado por una realidad social cambiante, en la que, en el momento presente, puede calificarse a las sociedades cooperativas como empresarios sociales, tengan o no fin lucrativo, alcanzándoles, ciertamente, muchas disposiciones mercantiles, que han de ser respetadas por el legislador autonómico según mandato constitucional».

⁴ Lo que no significa que no se admitieran dicha mercantilidad, tal como establecía STS de 22 de enero de 1904, que basándose en la Ley de 19 de octubre de 1869 que liberalizaba la creación de Bancos y Compañías mercantiles, declaró que «nada se opone a que puedan ser mercantiles las sociedades cooperativa», y señaló que en relación con la cooperativa en cuestión, era procedente la «aplicación del Código de comercio para suplir las deficiencias que en las cláusulas de la escritura de constitución pudieran existir». Para las cooperativas agrarias, que se regulaban sectorialmente por la Ley de Sindicatos Agrícolas de 1960, jugaba en contra de su posible mercantilidad además la tradicional oposición de considerar mercantil la actividad agraria.

⁵ El Estado presentó el Recurso de Inconstitucionalidad núm. 201/1982 contra determinados artículos de la Ley 1/1982 sobre Cooperativas del País Vasco, El recurso se resuelve en la STC 72/83, de 29 de julio, que hasta ahora ha sido la única sentencia que ha abordado de lleno la legitimidad de esta competencia autonómica. De ella se desprende que las partes centran el debate de la competencia legislativa del País Vasco (y por tanto de las demás CCAA

que habían asumido competencia exclusiva) en la consideración del denominado Derecho cooperativo como una parte o no del Derecho mercantil. Como explica la sentencia, «la trascendencia que otorgan a esta configuración se explica fácilmente porque la CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6) y el Estatuto atribuye competencia exclusiva al País Vasco en materia de cooperativas conforme a la legislación general en materia mercantil (art. 10.23), por lo que si la regulación sobre cooperativas hubiera de calificarse de mercantil —como sostiene el Abogado del Estado— la conclusión a la que habríamos de llegar sería la de que la competencia legislativa en materia de cooperativas no corresponde a la Comunidad Autónoma». El TC, sin entrar en el fondo del asunto, y sin tener en cuenta que aunque la cooperativa se calificase como sociedad civil la competencia también correspondería al Estado en base al artículo 149.1.8, señala que: «sin pretender ahora sentar afirmaciones de carácter general [...] si podemos afirmar que en principio no es admisible una interpretación que conduzca a variar de contenido la competencia legislativa de la Comunidad en materia de cooperativas, que hay que entender le viene atribuida por el artículo 10.23 del Estatuto». A esta conclusión «conduce la interpretación sistemática de los preceptos de la Constitución y del Estatuto, situado en el marco constitucional, y que prescinde de cualquier posición doctrinal acerca de si las cooperativas han de calificarse o no como sociedades mercantiles, ya que la interpretación ha de situarse en el contexto del ordenamiento vigente» (Fundamento Jurídico 3.^o).

⁶ Ley 8/2006 de *cooperativas especiales* de Extremadura; la Ley 6/2008, de la *sociedad cooperativa pequeña* de Euskadi; la LCAR, que tras su reforma por la Ley 4/2010 regula la *pequeña empresa cooperativa* de Aragón; y la LCCLM que regula, a falta de su desarrollo reglamentario, algunos aspectos muy básicos de la *microempresa cooperativa* de Castilla-La Mancha.

⁷ Artículo 31.2 LCPV.

⁸ Artículo 29.2 LCCM.

⁹ Artículo 30 LCCV, artículo 28 LCCAT, etc.

¹⁰ Una crítica que compartimos al traslado automático de las normas o recomendaciones pensadas para sociedades cotizadas puede verse en, ALFONSO SÁNCHEZ y SÁNCHEZ RUIZ, (2007, 1057).

*(Trabajo recibido el 10-2-2016 y aceptado
para su publicación el 29-2-2016)*

La polémica excepción a la retroactividad de los efectos de la nulidad de la cláusula suelo*

The controversial exception to retroactivity effects of floor clause nullity

por

ALBA PAÑOS PÉREZ

Profesora Ayudante Doctor de Derecho Civil

RESUMEN: La gran litigiosidad propiciada por la crisis ha provocado que materias como las cláusulas suelo estén desbordando actualmente los juzgados españoles (tanto los de lo Mercantil como de Primera Instancia). Después de los últimos pronunciamientos del Pleno del TS sobre la materia, las en-

¹ Se informa al lector de que este artículo fue terminado con fecha de junio del 2015, por lo que toda la problemática jurisprudencial suscitada en los últimos meses no se encuentra reflejada en el mismo. Desde entonces, son numerosas y contradictorias las resoluciones que se han dictado sobre la materia, dividiéndose los juzgados entre aquéllos que acogen la doctrina dictada por la STS de 9 de mayo 2013, con la matización de STS de 25 de marzo de 2015, y aquellos otros que defienden la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad, en base al artículo 1303 CC y alegando la sujeción al derecho comunitario. En julio de 2015 la Comisión Europea emitió un informe no vinculante al Tribunal de Justicia en el que considera que la retroactividad parcial, limitada y moderada defendida por el TS es contraria a la Directiva 13/1993; así, solicita que la banca reintegre la totalidad de lo cobrado por las cláusulas suelo declaradas nulas en una sentencia. Actualmente, estamos a la espera de que dicho Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncie, previsiblemente a finales de 2016, sobre este tema.

tidades bancarias continúan reacias a eliminar de sus contratos de préstamos con garantía hipotecaria las cláusulas suelo, obligando a los consumidores a reclamar su retirada en vía judicial, tras un previo intento de solución extrajudicial. No obstante, el panorama con el que se encuentran en los juzgados no es muy alentador, dada la inseguridad jurídica creada por la disparidad de pronunciamientos al respecto, dividiéndose entre aquellos que acogen la doctrina sentada por el TS en mayo de 2013, que afirmó la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada (doctrina que clarificó el mismo TS en marzo de 2015, limitando el efecto restitutorio a la fecha de publicación de la anterior sentencia); y aquellos otros que, no admitiendo esta excepción, estiman la devolución de las cantidades cobradas de más por la entidad desde la perfección del contrato, como único recurso para resarcir plenamente a un consumidor perjudicado por una cláusula abusiva. Esta última argumentación es la que defendemos en este trabajo.

ABSTRACT: The crisis has caused that subjects such as «floor clauses» are currently overflowing the Spanish Courts. After the recent pronouncements of The Supreme Court of the First Chamber Plenary (TS), banks remain reluctant to eliminate floor clauses in their mortgage loans, forcing consumers to claim their elimination in Courts, after a previous attempt at extrajudicial solution. However, there is a great legal uncertainty created by the existence of pronouncements contradictory, between those who are in favor of the doctrine sitting by the TS of 9 May 2013, claiming the non-retroactivity of the effects of the nullity declared, and others who estimate the refund of amounts collected for the bank since the beginning of the contract, being the only solution for the full compensation. This last argument is that we defend in this work.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Cláusula suelo. Control de transparencia. Nulidad y retroactividad.

KEY WORDS: Mortgage loans. Floor clause. Transparency control. Nullity and retroactivity.

SUMARIO: I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA.—III. NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO Y LA SORPRENDENTE EXCEPCIÓN A LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA MISMA.—IV. CONCLUSIONES

I. CUESTIONES PRELIMINARES

De la lectura del artículo 51, en relación con el 53.3 de la Constitución Española, se extrae que la defensa de los consumidores y usuarios ha de considerarse un principio general informador del Ordenamiento Jurídico en un doble sentido: por una parte, obligando al legislador a adoptar las medidas normativas precisas y, por otra, atribuyendo a los órganos encargados de aplicarlas el deber de interpretar las normas en un sentido favorable a los legítimos intereses de los mismos. Y este principio se ve reforzado cuando los derechos del consumidor guardan relación directa con un bien o servicio de uso común, ordinario y generalizado, como es el caso de los préstamos con garantía hipotecaria y más, cuando son otorgados con la garantía de la vivienda familiar.

Cabe señalar que la cláusula a la que dedicamos este estudio, la conocida como «cláusula suelo», tiene enorme trascendencia social y económica, por cuanto se incorpora a los contratos de préstamo hipotecario, que constituyen el medio de financiación mayoritario de la adquisición de una vivienda en España. El ciudadano español, mayoritariamente y por tradición, accede a la vivienda mediante su adquisición en propiedad y para ello precisa acudir a la financiación bancaria de su coste. Esta realidad sociológica, unida a la protección de la vivienda y de la familia que también inspira nuestro texto constitucional, implica una mayor necesidad de equilibrar y de asegurar la protección de los consumidores y usuarios frente a las cláusulas abusivas en contratos con condiciones generales que tienen por objeto bienes especialmente protegidos como la vivienda.

A mayor abundamiento, también ha de tenerse en consideración la complejidad que para el consumidor medio presenta la comprensión del contenido de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria y muy especialmente de la cláusula de limitación en la variación del tipo de interés del préstamo hipotecario. De manera que lo relevante en este tipo de procedimientos, que actualmente están colapsando nuestros tribunales, tanto de lo Mercantil como de Primera Instancia (dejando aparte el tema de la competencia, que rebasaría con creces el objeto de este estudio¹), es la consideración del carácter abusivo de una cláusula que limita el tipo de interés, pudiendo ser esta perfectamente declarada como abusiva incluso aunque se haya consentido con pleno conocimiento de su existencia y no de manera inadvertida, como suele ocurrir, su inclusión en el contrato.

Es práctica habitual en la contratación de este tipo de operaciones que la entidad financiera oculte al cliente su intención de incluir dicha cláusula en la escritura de préstamo hipotecario que se va a formalizar. Del mismo modo, es norma común que no forme parte de las negociaciones, que se limitan a la determinación del importe a prestar, las condiciones financieras referidas a comisiones y tipo de interés a aplicar (es decir, interés de referencia más diferencial). En ningún momento se le avisa o advierte de que, con independencia de que se

hubieran pactado unas condiciones determinadas respecto a las revisiones del tipo de interés, estas quedarán sin efecto al haberse incluido una cláusula que limita las revisiones a la baja del tipo de interés, convirtiendo lo que en principio tiene apariencia de un préstamo a interés variable, en un préstamo a un interés mínimo fijo, impidiendo al consumidor beneficiarse de las fluctuaciones a la baja del tipo pactado con la entidad.

Así, al no informar la entidad financiera suficiente o eficazmente de la existencia de una cláusula suelo antes de la celebración del contrato y de sus consecuencias económicas en caso de un escenario previsible de bajada del tipo de referencia, su inclusión en el contrato a hurtadillas, oculta entre una profusión de cláusulas financieras, provoca una alteración subrepticia del precio del crédito, sobre el cual el prestatario creía haber prestado su consentimiento a partir de la información proporcionada por la entidad en la fase precontractual. Desde la perspectiva del consumidor, dicho precio estaba constituido por el diferencial aplicable a un tipo de referencia variable (normalmente el Euribor), cuando la realidad es que la cláusula es tan destacada que supone una alteración de ese carácter variable del préstamo.

En estos casos, el perjuicio para el consumidor derivado de la inclusión de una cláusula de este tipo tiene que ver, por lo tanto, con la incorrecta comprensión de las consecuencias jurídico-económicas del propio contrato y con su carácter sorpresivo; el cliente no se percató de su existencia hasta que, ya iniciada la relación crediticia, comprueba que no se beneficia en su cuota periódica de las sucesivas bajadas del Euribor. La mala fe de la entidad financiera radica en haber atraído a la clientela mediante una oferta en apariencia muy competitiva, que no es real, por cuanto que la ventaja que representaría un diferencial muy bajo se ve amortizada por la existencia de una cláusula suelo. En sentido contrario, si dicha cláusula hubiera sido conocida y realmente comprendida por el cliente antes de la celebración del contrato, este habría tomado su decisión de concertar el préstamo con un límite mínimo del tipo de interés con pleno conocimiento de causa y la cláusula suelo sería irrochable.

II. LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA PARA DETERMINAR LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA

El artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, *TRLGDCU*)², al que remite el artículo 8.2 *Ley 7/1998*, de 13 de abril, sobre *Condiciones Generales de la Contratación* (en adelante, *LCGC*)³, establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en

contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Y en todo caso son cláusulas abusivas (conforme al apartado 4, letra c), las que determinen la falta de reciprocidad en el contrato.

Pues bien, la falta de transparencia respecto del objeto principal del contrato (precio y contraprestación) puede ser la causa de un perjuicio para el consumidor, consistente en la alteración del valor de la oferta, tal y como legítimamente se la había representado a partir de la información proporcionada por el empresario. Además, la entidad bancaria no suele entregar al cliente simulaciones de escenarios diversos, ni le compara dicho producto financiero con otros similares, ni siquiera le entrega una previsión a corto de plazo de su préstamo hipotecario. La fase precontractual de negociación se reduce a un «lo tomas o lo dejas», como suele ocurrir en la práctica habitual bancaria, donde se estudia el perfil del cliente y se le dan unas condiciones, suprimiéndose la posibilidad de negociación, que se convierte en una simple facultad de contratación, característica de los contratos de adhesión, propios del ámbito de los consumidores.

El Tribunal Supremo, en su archiconocida y polémica sentencia 241/2013, de 9 de mayo, indica que la cláusula suelo supera el control de inclusión (transparencia formal), sin embargo, llega a la conclusión de que la misma no supera el control de transparencia real —doble filtro— entendido en el sentido de que el consumidor pueda «identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio. Se trata, en definitiva, de que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez 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» y sigue diciendo que «En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso 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».

Respecto del control de incorporación, en sectores regulados, como es el que nos ocupa, este se supera si se han cumplido con los requisitos exigidos

en la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modificó la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria⁴, así como en la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios⁵, entre otras normas reguladoras de la materia que nos ocupa. Y respecto del control de transparencia, la falta de la misma se condensa en la existencia de una serie de criterios reveladores, puestos de manifiesto por la resolución mencionada así como por, entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 334/2013, de 18 de octubre. Así: a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia repercutirán en una disminución del precio del dinero, que se revelaría como engañosa al desplazar el foco de atención del consumidor, cuando en realidad se estaría tratando de una operación con un interés mínimo fijo que difícilmente se beneficiaría de las bajadas del tipo de referencia; b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, pues cuando las entidades les dan un tratamiento impropio secundario el consumidor no percibe su verdadera relevancia; c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación imprescindible la fijación de un techo (o tipo máximo de interés), pues la oferta conjunta de ambos puede servir de señuelo que obstaculiza el análisis del impacto de la cláusula suelo en el contrato, cuando ese tipo máximo no es realista; d) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, es decir, en la fase precontractual, mostrándose así los diferentes escenarios que pudieran llegar a producirse, contando el cliente con todos los datos suficientes y necesarios para poder obtener una información completa y veraz de las condiciones del producto que está contratando; e) La inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad⁶.

Como vemos, la STS 241/2013 basa dicha exigencia de transparencia, que va más allá de la transparencia «documental» verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los artículos 80.1 y 82.1 del TRLGDCU, interpretados conforme a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, y cita a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11. La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multdivisa, confirma la corrección de esta interpretación, doctrina que ha sido confirmada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015. Asimismo, la reciente STS del Pleno 138/2015, de 24 de marzo, viene a reiterar estos criterios⁷.

Pues bien, la mencionada STJUE de 26 de febrero de 2015 ha establecido una nueva configuración del control de transparencia, superando la visión

tradicional que se reducía a exigir claridad y sencillez en la redacción de las cláusulas que conforman las condiciones generales del contrato, a favor de una moderna concepción, que requiere que el consumidor sea consciente de las consecuencias jurídico-económicas de aquellas cláusulas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, afecten a las prestaciones o elementos básicos del contrato en orden a la comprensibilidad, tanto de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que este asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y ejecución del mismo (PLAZA PENADÉS, 2015)⁸.

El exigido control de transparencia de las cláusulas incluidas en un contrato de préstamo hipotecario haría referencia, por tanto, a un análisis en abstracto respecto a la aptitud de la misma para transmitir la información de manera clara y comprensible al considerado por la jurisprudencia como consumidor medio, y no a que haya mediado consentimiento efectivo por parte de dicho consumidor, pues no existe consentimiento como tal en el ámbito de los contratos de adhesión. Se trata, por tanto, de un control de transparencia objetivo, no subjetivo; de manera que si el contenido de la cláusula pasa desapercibido por el consumidor, que no es capaz de comprender sus consecuencias económicas, a pesar de tener una redacción clara y comprensible, es porque la misma no transmite la información correctamente, no cumpliendo, por tanto, con el deber de transparencia exigible.

La práctica habitual en este ámbito es que el predisponente no incluya los criterios precisos y comprensibles en orden a que el prestatario pueda evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realiza. En efecto, fuera del debate acerca de si la cláusula suelo desnaturaliza o no el concepto de interés variable, lo cierto es que, a los efectos del principio de transparencia real, constituye un elemento esencial del contrato que opera como excepción al carácter variable del préstamo, que debe ser objeto de un realce destacado en el texto y diferenciable. A falta de estos criterios la cláusula suelo puede considerarse, con certeza, abusiva por falta de transparencia. Y, en consecuencia, deberá aplicarse el régimen de ineficacia propio de las cláusulas abusivas, contemplado en el artículo 83 del TRLGDCU.

III. NULIDAD DE LA CLÁUSULA SUELO Y LA SORPRENDENTE EXCEPCIÓN A LA RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA MISMA

No superándose el control de transparencia por todos los argumentos citados, procedería la declaración de nulidad de la controvertida «cláusula suelo»; sin que ello conlleve, como sabemos, la ineficacia del contrato, el cual puede subsistir sin la misma con arreglo al artículo 10 de la LCGC. Pues bien, declarada la nulidad de la cláusula abusiva y dado que en nuestro ordenamiento jurídico

la nulidad del contrato tiene siempre efectos retroactivos, el artículo 1303 del Código Civil exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas como si no hubiesen existido, evitando que de las mismas se derive efecto alguno, de acuerdo con la clásica regla *quod nullum est nullum effectum producit*, y tal y como reconoce el propio TS en su reciente sentencia núm. 139/2015, de 25 de marzo de 2015 (Fundamentos de derecho nueve y diez). No obstante, en esta misma sentencia se justifica, a continuación, que esta regla general de ineficacia de las cláusulas abusivas puede tener excepciones, siguiendo la argumentación empleada en la sentencia de 9 de mayo de 2013.

Así, el Alto Tribunal, en la ya reiteradamente citada STS de 241/2013 optó, en una de las decisiones del Pleno más polémicas de los últimos tiempos, por afirmar la irretroactividad de los efectos de la nulidad declarada invocando el principio de seguridad jurídica, por estimar que *«la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico»*. Dicha excepción a la regla general de la retroactividad la basa, por tanto, en argumentos tales como la seguridad jurídica, la buena fe y el riesgo de trastornos graves que pueden afectar al orden público económico.

Jurisprudencia esta, no obstante, que ha sido clarificada por la STS 139/2015, de 25 de marzo, en la que el Pleno ha reiterado su doctrina respecto a la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo, matizando que el efecto restitutorio de las cantidades ya pagadas en virtud de las mismas declaradas nulas por falta de transparencia se podrá producir desde la fecha de la publicación de la sentencia de la propia Sala, de 9 de mayo de 2013. Así, esta última resolución fija como doctrina: *«Que cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, ratificada por la de 16 de julio de 2014, RC 2013, 1217 y la de 24 de marzo de 2015, RC 2013, 1765 se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013»*.

Pues bien, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo en mayo de 2013 se ejercitaba una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia que condenase al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputasen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, determinando o aclarando cuando fuese necesario el contenido del contrato que se considerarse válido y eficaz. Aquella era una demanda colectiva en la que no se solicitaba la devolución de las cantidades abonadas en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia. En cambio, en la STS de 25 de marzo de 2015 se ejercita una acción de nulidad de la cláusula que se considera abusiva y además la devolución de las cantidades cobradas de más en virtud de dicha cláusula, concluyéndose que *«a partir de*

la fecha de publicación de la sentencia del pleno del 9 de mayo de 2013 no es posible ya la alegación de buena fe por los círculos interesados, pues esta sentencia abre los ojos y las mentes de las partes contratantes, pudiendo estas indagar y esclarecer si las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo con tipo de interés variable, en principio lícitas, carecen de transparencia, no por oscuridad interna, sino por insuficiencia de información, en los términos indicados en el parágrafo 225 de la sentencia. Si adoleciesen de tal insuficiencia y fuesen declaradas abusivas por ese concreto motivo, que no por otro ajeno a este debate, las sentencias tendrán efecto retroactivo desde la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, reiteradamente citada y sobre cuya clarificación nos pronunciamos a efectos de la debida seguridad jurídica; fecha que fue la fijada en ella en orden a la irretroactividad declarada».

No obstante esta resolución, la sentencia incluye un voto particular, suscrito por el magistrado ORDUÑA MORENO, al que se adhirió el magistrado O'CALLAGHAN MUÑOZ, en el que discrepan de la misma y cuya argumentación compartimos, donde señalan que *«la delimitación de la razón de ser de la ineficacia derivada de la cláusula abusiva en el marco del fenómeno de la retroactividad, ya de la nulidad, o de cualquier otro régimen típico de ineficacia contractual de que se trate, constituye un error de concepto en el planteamiento inicial de la cuestión»* (Fundamento Jurídico Cuarto). Para empezar, matizan que la «mal llamada irretroactividad» de la cláusula declarada nula que dictó la STS de mayo de 2013 obedeció a una petición introducida por el Ministerio Fiscal, sin que integrara inicialmente el objeto del proceso y su adopción obedeció a razones económicas que así lo aconsejaban en el marco del enjuiciamiento propio de la acción de cesación, por lo que en ningún caso implicó el que se hubiese declarado la nulidad de las cláusulas suelo en general. En consecuencia, consideran que *«será necesario, en el marco de una acción individual, examinar si en cada caso concurren o no las circunstancias que integran el juicio de transparencia y posteriormente determinar el régimen de ineficacia de la declaración, en su caso, de nulidad y que se traduce en el efecto devolutivo de las cantidades percibidas por la aplicación concreta de la cláusula».*

Los magistrados argumentan que será necesaria una fundamentación técnica ajustada a la naturaleza y características de cada caso planteado⁹, sobre todo teniendo en cuenta que el verdadero motivo de la limitación del denunciado efecto retroactivo de la nulidad de la cláusula no fue otro que el *«posible riesgo de trastornos graves o sistémico en las entidades financieras (riesgo que en la actualidad ha desaparecido merced al saneamiento financiero efectuado)»* (Fundamento Jurídico Segundo del voto particular), sin que se fijasen los requisitos que debe tener dicho riesgo para justificar una merma en los derechos básicos que los consumidores y usuarios tienen reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico y en el derecho comunitario (PLAZA PENADÉS, 2015). Por eso precisamente, no son pocas las voces que entre la doctrina se alzan nuevamente en

contra de esta jurisprudencia sentada, por lo cuestionable que resulta que desde una fecha concreta, mayo de 2013, se impida en general la irretroactividad que es inherente a toda declaración de nulidad de cláusula abusiva, y que dicha irretroactividad se proyecte sobre todo tipo de acciones individuales, sin atender a las peculiaridades del caso concreto y conculcando la tutela judicial efectiva del consumidor. Y es que la nulidad se debe declarar en interés del consumidor, sin embargo, el Alto Tribunal altera el régimen normal de la nulidad contractual de las cláusulas abusivas impuestas a los consumidores, olvidando que lo que constituye una cuestión de orden público es amparar a los consumidores que se hayan visto afectados por una cláusula abusiva¹⁰.

Habla así el Tribunal Supremo de «*trastornos graves con trascendencia al orden público económico*», anteponiendo estas razones económicas a la obligación de restituirse recíprocamente las prestaciones que contempla el artículo 1303 del Código Civil, que es parte de una ley y que por lo tanto es fuente del Derecho según el sistema de fuentes del Derecho español. No se deberían anteponer razones económicas ante la aplicación de la ley y menos aun teniendo en consideración que con este pronunciamiento perjudica claramente a la parte más débil en la formalización del contrato de préstamo hipotecario, el consumidor, beneficiando a la entidad de crédito. Esta a pesar de no haber cumplido con la normativa de transparencia proporcionando una completa y correcta información al consumidor sobre la repercusión de la inclusión en el contrato de una cláusula suelo, no se verá obligada a restituir las cantidades cobradas por tal concepto al consumidor, soportando así los efectos de la abusividad por falta de transparencia de las cláusulas suelo el propio consumidor (CATENA REAL, 2014)¹¹.

Por tanto, consideramos que declarada la nulidad de una cláusula suelo, deben aplicarse los efectos que le son propios y ello, precisamente, en base al principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 CE, y ante la incertidumbre sobre cuándo aplicar el criterio de «*riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico*». Así pues, estimada la nulidad de la cláusula suelo por ser abusiva por falta de transparencia, y mientras no se modifique o derogue el artículo 1303 del Código Civil, no existiendo una disposición legal específica que apareje otra consecuencia a la declaración de nulidad, debe condenarse a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas indebidamente desde el momento de la perfección del contrato como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo. A nuestro juicio, se estaría inobservando el principio de seguridad jurídica si, a pesar de declarar la nulidad, no se aplicara lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil (COHEN BENCHERIT, A., 2014)¹². Y ello porque «*Este sentido, y no otro, es el que cabe extraer del viejo brocardo «quod nullum est nullum effectum producere debet» y de la fórmula abierta que dispensa el artículo 1303 del Código Civil (ambos citados por la sentencia de 9 de mayo, parágrafo 283),*

pues la referencia a la inexistencia de efectos («nullum effectum») no se realiza desde el plano material o fáctico sino desde el plano de la causalidad jurídica, porque la reacción del ordenamiento jurídico ante los supuestos de ineficacia contractual no es siempre igual, ni uniforme, sino ajustada al fenómeno jurídico tomado en consideración», tal y como reza el Fundamento Jurídico Quinto del voto particular.

En definitiva, si no se devuelven las cantidades indebidamente percibidas desde la perfección del contrato, cuando se declara nula la cláusula suelo por defecto de transparencia o información al deudor, se le está impidiendo compensar con lo adeudado lo indebidamente abonado por la aplicación de una cláusula declarada abusiva, permitiendo la tramitación de procedimientos hipotecarios por cantidad superior a la verdaderamente debida (ACHÓN BRUÑEL, 2015). Sorprendentemente, se castiga a la parte perjudicada que ha obrado con buena fe y se beneficia a quien ha empleado cláusulas suelo de manera poco transparente¹³. Esa restitución plena, por tanto, en absoluto es descabellada pues debemos tener presente que el perjudicado con la cláusula suelo es el prestatario que, sin ser consciente, se ha visto privado de la posibilidad de beneficiarse con la bajada del tipo de referencia por tener incluida en su contrato de préstamo una cláusula limitativa que en todo caso impediría tal beneficio. El prestatario que demanda en procedimiento judicial la declaración de abusividad de una cláusula porque no se le informó de cómo la misma afectaría al precio, lo que realmente quiere, por ser lo único que verdaderamente repararía su derecho infringido, es que se le devuelvan las cantidades de dinero que como consecuencia de ese incumplimiento de la entidad financiera, y en contra de las exigencias de la buena fe, esta le ha cobrado de más.

Y en este sentido, los magistrados que suscriben el voto particular concluyen, en su Fundamento Jurídico Quinto, que *«dado que la ineficacia resultante no tiene un fundamento de retroactividad normativa ni, por extensión, la sentencia que la declara, los criterios o pautas que sirven para determinar el alcance del efecto restitutorio o devolutivo deben extraerse, necesariamente, de este contexto valorativo que informa el régimen de eficacia y control de las condiciones generales de la contratación. Y aquí, en el caso del ejercicio de las acciones individuales, los criterios que resultan aplicables no dan otra alternativa posible que no sea la determinación del efecto devolutivo de las cantidades ya pagadas con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento de la perfección del contrato predispuerto». «Esta conclusión se alcanza por la naturaleza y función de los elementos que determinan el régimen de eficacia y de control de la contratación seriada, es decir, por la naturaleza y función del propio fenómeno de las condiciones generales, del control de abusividad y de la acción ejercitada; todo ello, conforme a la función tuitiva que los preside»; matizando que «nada obsta a que este alcance natural de la restitución opere con normalidad, pues en el contexto contractual en donde incide la acción*

ejercitada no se contemplan derechos de terceros que deban ser protegidos, ni otros planos de la relación contractual (liquidación del estado posesorio, indemnización de daños y perjuicios, etc.) que merezcan una aplicación diferenciada del meritado efecto restitutorio, que actúa de forma natural como una consecuencia derivada de la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. (SSTS de 30 de abril de 2013, núm. 275/2013 y 22 de abril de 2014, núm. 763/2013)».

A mayor abundamiento, esta excepción que impide aplicar los efectos que le son propios a la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva iría en contra de la doctrina contenida en la STJUE de 14 de junio de 2013 (caso Banco Español de Crédito), que además dio lugar a una nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU, reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se prohíbe integrar en modo alguno las cláusulas declaradas abusivas, ya que con ello, como venimos señalando, se favorecería al predisponente, que habiendo utilizado dichas cláusulas se beneficia de las consecuencias de la integración. Dicha solución generaría un efecto contrario al Derecho comunitario, por contraponerse a la finalidad de protección del consumidor en todo el ámbito de la Unión que pretende la Directiva 93/13/CEE en sus arts. 6 y 7, favoreciendo o promoviendo la inclusión de cláusulas abusivas en perjuicio del consumidor, que quedarían sin ningún tipo de sanción o con una sanción minorada. Así se pone de manifiesto en el Fundamento Jurídico Séptimo del voto particular¹⁴, al señalar que la misma atenta «*al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter ex tunc*».

En este sentido, la SJM número 2 de Zaragoza, de 27 de abril de 2015, alerta de que aplicar la irretroactividad que fijó el Alto Tribunal en mayo de 2013 supondría un incentivo para que las entidades sigan incluyendo dicha cláusula al obtener un beneficio económico hasta que los afectados acudan a los tribunales y se declare nula. Además, tampoco aprecia este juzgado el «grave trastorno económico» para las entidades que invocó el Supremo hace dos años, al tratarse de un caso individual. Y ello apoyando su decisión en numerosas resoluciones del TJUE, que interpretan la Directiva 93/33/CEE del Consejo, en defensa de la primacía del derecho comunitario sobre la jurisprudencia nacional, aludiendo a la reiteradamente citada STS 241/2013 respecto a la irretroactividad de los efectos de la nulidad, estableciendo, textualmente, que «*La razón fundamental y primordial para estimar la procedencia de la devolución de las cantidades percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo, tiene como premisa que en el presente procedimiento no solo estamos actuando como juez nacional, sino principalmente como juez comunitario, garante del derecho de la Unión y por tanto sometidos al derecho de la UE que tiene primacía*»...

«En consecuencia, el 1303 resulta de aplicación no solo porque la Ley es imperativa sin que la misma haya quedado derogada, sino porque resulta imperativa su aplicación por la primacía del derecho europeo y la interpretación que del mismo realiza el TJUE. Resultando paradójico que existan los cauces legales en el derecho nacional para hacer efectivo lo dispuesto no solo en el derecho nacional, sino también en el europeo, y no se aplique»¹⁵.

En base a los argumentos expuestos, tras el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo, además de las ya citadas y del destacable voto particular de la última sentencia del Pleno del TS de marzo de 2015, han sido numerosas las resoluciones que se han apartado de su criterio de la irretroactividad¹⁶. Paradójicamente, el TS ha desatado el efecto contrario a su tan anhelada seguridad jurídica, dado que no hay nada que provoque mayor incertidumbre que la existencia de pronunciamientos contradictorios en los tribunales.

IV. CONCLUSIONES

I. El exigido control de transparencia de las cláusulas incorporadas a un contrato de préstamo hipotecario hace referencia a un análisis en abstracto de las mismas respecto a su idoneidad para transmitir la información de manera clara y comprensible al considerado por la jurisprudencia como consumidor medio, y no a que haya mediado consentimiento efectivo por parte de este. El control de transparencia se configura hoy día, por tanto, como un control objetivo, no subjetivo; de manera que si el contenido de la cláusula pasa desapercibido por el consumidor, que no es capaz de comprender sus consecuencias jurídico-económicas, a pesar de tener una redacción sencilla, clara y comprensible, es porque la misma no transmite la información eficazmente, no cumpliendo con el deber de transparencia exigible y debiendo ser declarada, en consecuencia, abusiva.

II. El contexto metodológico que exige examinar en cada caso concreto el régimen de ineficacia de la declaración de nulidad, en el marco de una acción individual de impugnación y atendiendo a la tutela de los específicos derechos del consumidor, se debe traducir, necesariamente, en la estimación del efecto devolutivo de las cantidades percibidas de más por la entidad bancaria desde la perfección del contrato como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo declarada abusiva. Y ello, porque la nulidad de dicha cláusula determina la carencia de título alguno que justifique la retención de esas cantidades y su atribución al predisponente, sin que existan razones de seguridad jurídica, ni riesgo alguno de grave trastorno económico a la entidad y sin que, por supuesto, pueda ya alegarse la buena fe por parte de la misma. Resulta inadmisibles que esta acabe siendo «premiada» por nuestra jurisprudencia al excepcionar la retroactividad que es inherente a toda declaración de nulidad de una cláusula

abusiva, limitando el efecto restitutorio a una fecha concreta, de manera genérica, y debiendo asumir el consumidor parte de las consecuencias del abuso.

Esta excepción establecida por el TS vulnera lo dispuesto en nuestro artículo 1303 del Código Civil y, en consecuencia, viola el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 CE. Asimismo, dicha solución contraría el Derecho Comunitario, no solo la Directiva 93/33/CEE del Consejo sino también la doctrina contenida en la STJUE de 14 de junio de 2012, que dio lugar a una nueva redacción del artículo 83 TRLGDCU, reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se prohíbe integrar en modo alguno las cláusulas declaradas abusivas, ya que con ello se favorecería a la entidad bancaria, que habiendo utilizado dichas cláusulas se beneficia de las consecuencias de la integración.

En conclusión, lo único que verdaderamente repararía el derecho de información del consumidor, por haberse infringido el control de transparencia de las cláusulas incluídas en su contrato de préstamo hipotecario, es que se le devuelvan íntegramente las cantidades que la entidad financiera ha percibido de más, como consecuencia de la aplicación de dichas cláusulas, desde el momento de la perfección del contrato. Otra solución adoptada por los tribunales no podemos sino considerarla una merma a la tutela judicial efectiva del consumidor.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 24 de marzo de 2015
- STS de 13 de mayo de 2014
- STS de 8 de septiembre de 2014
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 22 de abril de 2005
- STJUE de 26 de febrero de 2015
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 14 de junio de 2013
- SAP Ciudad Real de 4 de julio de 2014
- SAP Málaga de 12 de marzo de 2014
- SAP Albacete de 17 de marzo de 2014
- SAP Jaén de 27 de marzo de 2014
- SAP Asturias de 28 de marzo de 2014
- SAP Granada de 18 de octubre de 2013
- SAP Vizcaya de 9 de julio de 2013
- SAP Alicante de 12 de julio y de 23 de julio de 2013
- SAP Cuenca de 30 de julio de 2013
- SAP Murcia de 12 de septiembre de 2013
- SAP Barcelona de 16 de diciembre de 2013

- SJM Zaragoza de 27 de abril de 2015
- SJM Sevilla de 16 de enero de 2014
- SJM Madrid de 27 de febrero de 2014
- SJM Málaga de 23 de mayo de 2013
- SJM Bilbao de 19 de mayo de 2013
- SJPI Ourense de 13 de mayo de 2013
- SJM Málaga de 23 de mayo de 2013
- SJM Almería de 24 de mayo de 2013
- SJM Barcelona de 7 de junio de 2013
- SJM Barcelona de 17 de junio de 2013
- SJM Bilbao de 19 de junio de 2013
- SJM Barcelona de 1 de octubre de 2013
- SJM Santander de 18 de octubre de 2013
- SJM Bilbao de 21 de octubre de 2013
- SJPI Barcelona de 17 de febrero de 2014
- SJPI Orense, de 10, 13 y 21 de mayo de 2013
- SJPI Barcelona de 7 de junio de 2013
- AJPI Gijón de 30 de septiembre de 2013
- AJPI Barcelona de 31 de mayo de 2013

BIBLIOGRAFÍA:

- AAVV. (2009). Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Bercovitz (coord.), Aranzadi.
- ACHÓN BRUÑEL, M. J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo, en *@Diario La Ley*, núm. 8366, La Ley.
- (2015). Diversidad de criterios judiciales en relación con los efectos de la declaración de nulidad de las cláusulas relativas a intereses en las escrituras de hipoteca. La esperada sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015: una luz con muchas sombras, en *@Diario La Ley*, núm. 8473, La Ley.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. (2015). *La protección jurídica del consumidor en la contratación en general*, Reus.
- CATENA REAL, R. (2014). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en cláusulas suelo, en *@Diario La Ley*, núm. 8385, La Ley.
- COHEN BENCHERIT, A. (2014). Cuestiones prácticas que se plantean ante los Juzgados de lo Mercantil en procedimientos en los que se pretende la declaración de nulidad de una condición general de la contratación: la cláusula suelo, en *@Práctica de Tribunales*, núm. 107, La Ley.
- CORDERO, E. (2013). Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad, en *@Diario La Ley*, núm. 8098, La Ley.
- LLAMAS POMBO, E. (2013). Nulidad sin nulidad, en *@Práctica de Derecho de Daños*, núm. 115, La Ley.

- MÉNDEZ TOJO, R. (2015). Nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios ¿Hay abuso por parte de las entidades crediticias u oportunismo por parte de los clientes?, en *@Diario La Ley*, núm. 8456, La Ley.
- PLAZA PENADÉS, J. (2015). Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la «irretroactividad» de las cláusulas suelo, en *@Diario La Ley*, núm. 8547, La Ley.
- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2015). El verdadero control de transparencia de las cláusulas predisuestas. Su definitiva plasmación y fundamentación técnica, en *@Diario La Ley*, núm. 8591, La Ley.

NOTAS

¹ *Vid.*, al respecto, FERNÁNDEZ CABALLERO, G. y SER LÓPEZ, A. (2015), Nulidad de cláusulas suelo: ¿competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil o de los juzgados de primera instancia? en *@Diario La Ley*, núm. 8555, La Ley.

² *BOE* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

³ *BOE* núm. 89, de 14 de abril de 1998.

⁴ *BOE* núm. 294, de 8 de diciembre de 2007.

⁵ *BOE* núm. 261, de 29 de octubre de 2011.

⁶ Tales criterios han sido reiterados y aplicados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 180/2014, de 4 de julio, siendo la conclusión *«esa falta de información no le permitió conocer el alcance y consecuencias de aquello que contrataba. Es desde esta conclusión que también el juez a quo señala la existencia de desequilibrio, y no desde la posición en el que lo plantea el recurrente, sino sobre la base de lo que parece contratado y lo que realmente es, pues fijar un tipo mínimo del 3,50% en un interés que se dice variable, cuando estamos ante un contrato a 30 años, en realidad hace que en grandes periodos de tiempo estemos ante un contrato de interés fijo, tal como la realidad ha acreditado, sin que el prestatario se pueda beneficiar de los periodos de bajada de tipos y sin embargo siempre se ve perjudicado por la subida de los mismos. Es ese desequilibrio, conectado con el principio de buena fe que debe presidir la contratación, lo que se resalta, lo que nada tiene que ver con la valoración del riesgo del préstamo concedido y la fijación de una remuneración acorde con el mismo»*. Extremos que han sido ratificados por la STS de 13 de mayo de 2014, respecto a que dicho control de transparencia debe efectuarse en abstracto: *«El control de transparencia es un control abstracto y no concreto, es decir, no debe analizarse el desequilibrio subjetivo de derecho y obligaciones de un concreto adherente, sino la comprensibilidad intelectual de una determinada cláusula contractual, en relación al conjunto de circunstancias concurrente en el momento de la celebración del contrato»*; y por la STS de 8 de septiembre de 2014 en la que se sostiene: *«6. El control de transparencia queda caracterizado como un control de legalidad en orden a comprobar que la cláusula contractual predispuesta refiera directamente la comprensibilidad real, que no formal, de los aspectos básicos del contrato en el marco de la reglamentación predispuesta, de forma que el consumidor y usuario conozca y comprenda las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con el producto o servicio ofertado, resulten a su cargo, tanto respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, como de la posición jurídica que realmente asume en los aspectos básicos que se deriven del objeto y de la ejecución del contrato. 7. El control de transparencia responde a un previo y especial deber contractual de transparencia del predisponente que debe quedar plasmado en la comprensibilidad real de los aspectos básicos del contrato que reglamenten las condiciones generales... El control de transparencia se proyecta de un modo objetivable sobre el cumplimiento por el predisponente de este deber*

especial de comprensibilidad real en el curso de la oferta comercial y de su correspondiente reglamentación seriada».

⁷ Así, dicha resolución señala que esa Sala «ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada “cláusula suelo”, puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre». Y en el mismo sentido se pronunció la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén 126/2014, de 27 de marzo, en un préstamo en que la cláusula suelo se fijó en el 3,50% y el techo en el 14%, señalando que: «la cláusula suelo no es transparente y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un real del riesgo de la variación del tipo de interés, [...] Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, es decir, que esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en sus beneficios [...] Los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”. Al entrar en juego una cláusula suelo previsible para el empresario, convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja en fijo variable exclusivamente al alza».

⁸ Así en «Del moderno control de transparencia y de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la “irretroactividad” de las cláusulas suelo» en @Diario La Ley, núm. 8547, La Ley; quien considera que esta nueva concepción del control de transparencia aconsejaría una modificación del TRLGDCU en ese sentido.

⁹ Así, textualmente: «sobre todo si tiene en cuenta, y esto no ha pasado inadvertido, que los principales argumentos que sustenta la sentencia de 9 de mayo para limitar la llamada retroactividad de la cláusula nula traen causa, necesariamente, bien de la naturaleza de la acción colectiva de cesación, que fue objeto de dicha sentencia (parágrafos 283, 279, 280, 281, 298, 299 y 300), o bien, de argumentos extraídos y añadidos de otros supuestos a considerar, caso de la retroactividad normativa STJUE de 21 de marzo de 2013 (parágrafo 286), del artículo 106 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (parágrafo 287), de las legislaciones de Patentes y de Marcas (parágrafo 288), del principio de seguridad jurídica y retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad (parágrafo 289) o de la ya citada STJUE de 21 marzo 2013, en su vertiente de seguridad jurídica y el riesgo de trastornos económicos graves (orden público económico)».

¹⁰ El propio TS, en su sentencia de 22 de abril de 2005 (rec. 4313/1998) propugnó con cita de otras resoluciones anteriores (sentencias de 30 de diciembre de 1996 y de 26 de julio de 2000) que el restablecimiento de la situación económica previa obedece a la dogmática jurídica propia de la nulidad y a la necesidad de conseguir que las partes afectadas por la misma recobren la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador, pues en otro caso se beneficiaría a la parte que originó la patología contractual. En este sentido, la SJM núm. 1 de Bilbao, 200/2013, de 21 de octubre, rec. 459/2013, apuntaba que: «ningún perjuicio económico material se le puede causar por el juego de la cláusula (pérdida de un beneficio superior no significa ingresos inferiores a los gastos), más allá de equilibrar el beneficio obtenido por el devenir de los tipos».

¹¹ En este sentido, la SAP Vizcaya de 9 de julio de 2013 declara: «en este caso ha habido un claro enriquecimiento de uno de los contratantes, el banco recurrente, frente a otro, su cliente. No ha habido una situación que ha funcionado durante tiempo sin desequilibrio económico para las partes, porque la cláusula sólo ha operado en perjuicio de una y beneficio de otra, sin que nunca sucediera lo contrario. No hay por lo tanto motivo para excluir el efecto que dispone el artículo 1303 del Código Civil». Además, la SAP de Álava de 9 de julio de 2013, resuelve que «debe acordarse la retroactividad con base a los artículos 9 y 10 LCGC y artículo 1303 del Código Civil, así: “El artículo 9.2 LCGC ordena a la sentencia que declare nulidad aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. El artículo 10 LCGC aclara que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Supone, por el contrario, la nulidad de la cláusula afectada, nulidad que conforme al artículo 1303 del Código Civil v obliga a la restitución recíproca de las prestaciones, que en este caso han sido realizadas solo por el recurrente, puesto que solo operó la cláusula suelo”; y que no se acumula la petición de aplicarlos en el caso concreto al no apreciarse trastornos graves para la economía ni para el Banco». Y la SAP de Jaén 126/2014 de 27 de marzo, en virtud de la cual: «Procede declarar la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo, sin que ello suponga contradecir la sentencia de Pleno del TS de 9 de mayo de 2013, por cuanto esta no acuerda la irretroactividad como criterio general a aplicar a todas las cláusulas suelo abusivas, sino como excepción a la regla general de la retroactividad, al tratarse de una acción colectiva de cesación (que se eliminan las cláusulas suelo de los contratos de préstamo hipotecario de las entidades bancarias demandadas y no las usasen en el futuro) a la que no se acumulaba la petición de restitución de prestaciones, y haberse valorado razones de seguridad jurídica y riesgo de graves trastornos económicos, que pudieran producirse si al declararse la retroactividad tuviesen dichas entidades que revisar los miles de contratos suscritos, en muchas ocasiones incluso ya precluidos». En parecidos términos, la SJM núm. 3 de Madrid 43/2014, de 27 de febrero declara que: «El argumento de la seguridad jurídica es reversible porque la menos discutible de las seguridades jurídicas se obtiene con la aplicación literal de la ley».

¹² En este mismo sentido, entre otros, vid. COHEN BENCHERIT, A. (2014), magistrada que afirma lo siguiente: «En los casos que se me han planteado en el Juzgado en el que ejerzo mi función jurisdiccional (en los que se ejercita la acción individual de declaración de nulidad de la cláusula por abusiva) se ha condenado a las entidades demandadas a la devolución de las cantidades percibidas de más (con anterioridad al 9 de mayo de 2013) por activación de la cláusula suelo, por aplicación del principio de seguridad jurídica, teniendo en cuenta, además, el hecho de que el Tribunal Supremo adoptó su decisión (respondiendo a una petición, bajo mi punto de vista, extemporánea del Ministerio Fiscal) resolviendo una acción colectiva de cesación, distinta de la acción individual de nulidad que se suele ejercitar, debiendo tener en cuenta que los efectos de la acción colectiva de cesación se proyectan hacia el futuro, a diferencia de lo que ocurre cuando se ejercita una acción individual de nulidad. Y recordando, además, que los Jueces y Tribunales tienen el deber inexorable de resolver conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), ocupando el primer lugar en la jerarquía de fuentes la ley (art. 1.1 del Código Civil), atribuyendo el artículo 1.6 del mismo cuerpo legal a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo la función de complemento del ordenamiento jurídico».

¹³ Como dice el AJPI núm. 1 de Gijón de 30 de septiembre de 2013: «El agresor es quien ha obtenido un beneficio durante la vida del contrato, debido a su mala fe y engaño y, no obstante, se le concede un premio, de hecho, declarando la irretroactividad de la cláusula declarada nula (...). Es impropio declarar que la víctima de una agresión sea la obligada a asumir, en todo o en parte, el coste económico que conlleva la reparación de las lesiones».

¹⁴ El voto particular culmina *in fine* con la siguiente reflexión, respecto a la improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto a la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva: «Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con

anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143, caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo art. 83 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo de modificación del Texto refundido 1/2007), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas. Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descarta su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva».

¹⁵ En este mismo sentido, la SAP Ciudad Real, Sección 1.ª, de 13 de octubre de 2014 declara lo siguiente: «Dicho de esta manera, se parte de que la regla general de retroactividad puede moderarse en estos supuestos. Pero, en todo caso, la moderación ha de responder a parámetros aplicables al supuesto concreto, en cuanto al reparto y equilibrio de las contraprestaciones ya consumadas, desde la óptica de la buena fe contractual». «Si bien la buena fe se presume, en materia de consumo, la tutela del consumidor implica la exigencia de una mayor diligencia por el empresario, de forma que las exigencias de información de los riesgos han de ser suficientemente proyectadas, de forma que hemos de considerar no diligente aquella conducta del banco en la que ni siquiera se observe las exigencias de información mínimas exigidas por la normativa sectorial, parámetro que a sensu contrario se expresa, para justificar la irretroactividad en la sentencia de Pleno»; para concluir que «Esta Audiencia en pleno no jurisdiccional de fecha 26 de septiembre de dos mil catorce acordó por unanimidad «reconocer el efecto devolutivo de las cantidades percibidas indebidamente», y ello porque entiende que el principio del que ha de partirse, ante la sanción de nulidad, es de la regla general de retroactividad. Y partiendo de lo expuesto, ponderar, en cada caso concreto, si procede o no la modulación de tal efecto conforme establece la doctrina jurisprudencial antes expuesta. Ello quiere decir que aun partiendo que no pueda predicarse con automatismo el efecto restitutivo, corresponde a quien opondrá la irretroactividad, acreditar la concurrencia de aquellos parámetros que determinasen la modulación de tales efectos retroactivos; sin que pueda recaer dicha carga de la prueba sobre el consumidor».

¹⁶ Pudiendo citar, a modo de ejemplo: SJPI Ourense 13 de mayo de 2013; SJM núm. 2 de Málaga de 23 de mayo de 2013; SJM núm. 1 de Bilbao de 19 de mayo de 2013; SJM núm. 10 Barcelona, de 7 de junio de 2013; SJM núm. 5 Barcelona, de 17 de junio de 2013; SJM Almería de 24 de mayo de 2013; SAP Alicante de 12 de julio y de 23 de julio de 2013; SAP Cuenca de 30 de julio de 2013; SAP Murcia de 12 de septiembre de 2013, entre otras). SJM núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013; SJM núm. 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; SJM núm. 5 de Barcelona, de 17 de junio de 2013; SJM núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013. SJM núm. 1 de Santander, de 18 de octubre de 2013; SJM núm. 1 de Bilbao, de 21 de octubre de 2013; SJM núm. 1 de Sevilla, de 16 de enero de 2014; de Barcelona

de 1 de octubre de 2013; SAP Alicante, Secc. 8.a, de 23 de julio de 2013; SAP Cuenca, Secc. 1.a, de 30 de julio de 2013; SAP Barcelona, Secc. 15.a, 453/2013 de 16 de diciembre, rec. 719/2012; SAP Málaga, Secc. 6.a, de 12 de marzo de 2014; SAP Albacete, Secc. 1.a, de 17 de marzo de 2014; SAP Asturias, Secc. 5.a, 87/2014 de 28 de marzo, rec. 88/2014; SJPI núm. 4 de Orense, de 10, 13 y 21 de mayo de 2013; SJPI núm. 1 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; SJPI núm. 1 de Barcelona de 17 de febrero de 2014; AJPI núm. 1 de Barcelona de 31 de mayo de 2013; AJPI núm. 7 de Gijón de 30 de septiembre de 2013, y SAP Jaén 19 de mayo de 2014, rec. 344/2014.

*(Trabajo recibido el 8-6-2015 y aceptado
para su publicación el 25-6-2015)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

La cosa juzgada en la Ley 15/ 2105, de la Jurisdicción Voluntaria

Res judicata in Law 15/2105, of Voluntary Jurisdiction

por

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ
Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid.

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

RESUMEN: La regulación de la cosa juzgada en los apartados 3 y 4 del artículo 19 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria se configura como una de las principales novedades, en el plano de la dogmática jurídica, del nuevo modelo de Jurisdicción Voluntaria.

Conforme a la nueva regulación, las resoluciones de JV no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia JV, pero sí en este ámbito, en sus efectos negativo y positivo, por lo que la usual afirmación de la ausencia de cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, debe matizarse en el sentido de que dentro del propio ámbito interno de la JV sí produce efectos de cosa juzgada, en sus efectos positivo y negativo, la resolución con la que se finaliza el expediente. Unas mismas resoluciones no pueden existir y dejar de existir para las distintas Jurisdicciones: voluntaria y contenciosa, razón por la que las resoluciones con fuerza de cosa juzgada material, dictadas en el marco de la JV, despliegan sus efectos positivos prejudiciales, no solo sobre la propia JV, sino también sobre la Jurisdicción Contenciosa. Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio marco, introduciría una peligrosa variable, que solo generaría inseguridad jurídica a los justiciables y al propio funcionamiento de la Administración de Justicia.

ABSTRACT: In terms of legal doctrine, the regulation of res judicata in paragraphs 3 and 4 of artículo 19 of the Voluntary Jurisdiction Law is configured as one of the main developments of the Voluntary Jurisdiction new model.

According to the new regulations, resolutions of Voluntary Jurisdiction, outside the scope of Voluntary Jurisdiction have no effect of res judicata, but it is in this area, the resolutions has negative and positive effects, so the usual statement related to no res judicata on voluntary jurisdiction, should be qualified in the sense that the resolution which ends the proceeding in the domestic scope of Voluntary Jurisdiction does produce the effect of res judicata in its positive effects and negative. A same resolutions can not exist and cease to exist for voluntary jurisdiction and subsequently to the contentious jurisdiction, for this reason decisions which are res judicata issued under the Voluntary Jurisdiction have prejudicial positive effects not only on Voluntary Jurisdiction but also on Jurisdiction Contentious. Denying the effect of res judicata to the voluntary jurisdiction, within its own framework, introduce a dangerous variable, and would create legal uncertainty for litigants and for the Justice Administration own performance.

PALABRAS CLAVE: Cosa juzgada formal. Cosa juzgada material. Jurisdicción Voluntaria. Jurisdicción Contenciosa. Seguridad jurídica.

KEY WORDS: *Formal res judicata. Material res judicata. Voluntary Jurisdiction. Contentious Jurisdiction. Legal certainty.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TERMINOLOGÍA.—III. EFECTOS DE COSA JUZGADA FORMAL.—IV. EFECTOS DE COSA JUZGADA MATERIAL EN EL MARCO INTERNO DE LA PROPIA JV.—V. EFECTOS DE COSA JUZGADA EN LOS EXPEDIENTES TRAMITADOS POR NOTARIOS Y REGISTRADORES.—VI. AUSENCIA DE EFECTOS DE COSA JUZGADA MATERIAL FUERA DEL ÁMBITO DE LA PROPIA JV.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la cosa juzgada en los apartados 3 y 4 del artículo 19 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), se configura —de manera conjunta a la previsión de que la oposición a la pretensión del solicitante no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la Ley disponga lo contrario conforme al artícu-

lo 17.3 LVJ— como una las principales novedades, en el plano de la dogmática jurídica, del nuevo modelo de Jurisdicción Voluntaria contemplado en el texto legal de referencia¹.

A la especial novedad que supone la regulación de la cosa juzgada, se ha referido de forma gráfica Joan PICO: «Con la nueva LJV se produce la ruptura definitiva de dos mitos o ideas básicas que suelen estar presentes en el debate sobre la JV, la primera es la inexistencia de la controversia como razón de su propia existencia, conforme a lo previsto en los artículos 1811 y 1817 de la LEC de 1881, dado que con la nueva LJV se asume la posición radicalmente contraria en el artículo 17.3, II de la nueva ley, y la segunda, la ausencia de cosa juzgada de la resolución que finaliza el procedimiento de jurisdicción voluntaria... Con referencia al mito de la ausencia de cosa juzgada de la resolución que finaliza el procedimiento de cosa juzgada, me refiero a la «cosa juzgada» interna que, dentro del propio ámbito de la jurisdicción voluntaria, sí produce dicha resolución final»².

La regulación de la cosa juzgada se prevé en los apartados 3 y 4 del artículo 19 LJV, rubricado Decisión del expediente:

19.3: «Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel. Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel.

Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales».

19.4: «La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria».

La regulación de la cosa juzgada, contenida en los apartados 3 y 4 del artículo 19 LJV, que debe ser valorada de forma positiva, es susceptible de ser analizada en los aspectos que siguen³.

II. TERMINOLOGÍA

En el plano terminológico, no se utiliza la expresión procesal de cosa juzgada, como hubiera sido procedente y clarificador⁴. La omisión no se cohonestaría, sin embargo, con la afirmación contenida en el Apartado III del Preámbulo: «Se toma especial cuidado en adaptar los expedientes de JV a los principios, preceptos y normas generales contenidos en la LEC...».

La reiterada omisión en la LJV de términos procesales clásicos como «excepción», «litispendencia», «cosa juzgada», «prejudicialidad», «costas», «procedimiento», etc., para describir situaciones, principios inspiradores o meras cuestiones procesales presentes en el texto legal, y reguladas de forma análoga o idéntica a las normas propias de la Jurisdicción contenciosa, se produce así mismo en materia de cosa juzgada en el precepto, artículo 19.3 y 4 LJV, en el que se regula la institución⁵.

En materia de procedimiento la terminología más adecuada, a mi juicio, se corresponde con la utilización de los vocablos acto, procedimiento y expediente. Así, prevista en la legislación sustantiva un acto de JV, es decir, la intervención de un juez o de un letrado de la Administración de Justicia, sin que esta se desarrolle a través del cauce de un proceso, se requerirá, en la mayor parte de los supuestos, que se incoe un procedimiento de JV a solicitud de persona legitimada o, en su caso, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, en el que se procederá a la tramitación de un expediente y se resolverá sobre la realización del derecho subjetivo o interés legítimo que constituya su objeto.

La reiterada utilización del término expediente para referirse a los actos o al procedimiento judicial de JV, supone una inapropiada administrativización de la actividad judicial, y una confusión entre acto, procedimiento y expediente en el ámbito de la jurisdicción voluntaria⁶.

La omisión del término «cosa juzgada» para referirse, en sentido negativo, a la imposibilidad de incoar un nuevo e idéntico procedimiento —o, en la imprecisa terminología legal, expediente— de JV, así como, en sentido positivo, para partir de lo ya juzgado, en un expediente anterior, cuando esto constituya un elemento prejudicial del nuevo objeto procesal, sea en el ulterior procedimiento voluntario o contencioso, no está justificada y genera confusión.

Subrayada la no justificación de la omisión de la expresión «cosa juzgada» para referirse a la proyección positiva y negativa de dicha institución en las resoluciones que ponen término a los procedimientos de JV, se procede al análisis de los presupuestos y manifestaciones de la «cosa juzgada» en el marco de la JV.

III. EFECTOS DE COSA JUZGADA FORMAL

Hubiera sido clarificador distinguir, en la regulación contenida en el artículo 19.3 y 4, entre:

- Efectos de cosa juzgada formal, que sí se producen respecto de las resoluciones firmes de JV, y
- Efectos de cosa juzgada material, en el marco interno de la propia JV, y no fuera del ámbito propio de JV.

En relación con la producción de efectos de cosa juzgada formal de las resoluciones firmes de JV, cabe señalar que hubiera resultado esclarecedor hacer referencia, en la regulación de la cosa juzgada en la LJV, a que las resoluciones firmes de JV, dictadas en todo tipo procedimientos, producen efectos de cosa juzgada formal, por lo que resultan inimpugnables en el marco de la JV, conforme se establece en el artículo 207 LEC: «transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada...», lo que no obsta, en otro orden de cosas, que se pueda iniciar un proceso declarativo contencioso, con independencia de que hayan variado o no los sujetos, el objeto o las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento voluntario precedente y sin que ello deba entenderse, en modo alguno, como una impugnación de la resolución dictada en el marco de la JV⁷.

IV. EFECTOS DE COSA JUZGADA MATERIAL EN EL MARCO INTERNO DE LA PROPIA JV

En relación con la producción de efectos de cosa juzgada material por las resoluciones de JV en el marco de la propia JV, hay que subrayar que se producen:

A) En su efecto negativo, en el ámbito de la propia JV, cuando se afirma en el artículo 19.3: «Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria no podrá iniciarse otro expediente sobre idéntico objeto —y entre los mismos interesados, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel».

En relación con el efecto negativo, *non bis in idem*, de la cosa juzgada material, previsto en el artículo 19.3, se requiere:

— Que exista idéntico objeto entre el primer procedimiento y el procedimiento de JV posterior, resultando en consecuencia que la pretensión suscitada en los dos procedimientos de JV sean coincidentes.

— Que los interesados sean «los mismos», esto es, que el solicitante y, en su caso, el oponente o contrainterésado sean los mismos.

El solicitante o parte solicitante será, precisamente, quién se verá afectado, en su esfera personal y/o patrimonial, de manera directa por las resolución que concluye el procedimiento de JV. Lógicamente, en este tipo de procedimientos voluntarios —al igual que acontece, por lo demás, en los contenciosos— existen otros sujetos especialmente interesados en la obtención de un determinado resultado, son los denominados interesados —entre los que cabría incluir a los contrainterésados, es decir, a aquellos que manifiestan un interés contrario a la pretensión del solicitante— o afectados, y los «terceros no directamente interesados», por no ser titulares, ni de la relación jurídico-procesal entablada

en el procedimiento, ni de la relación jurídico-material, objeto de conocimiento judicial, respecto de los que cabe advertir la existencia un interés colateral, indirecto o, si se prefiere, reflejo⁸.

Ahora bien, la cosa juzgada predicable de las resoluciones que culminan los procedimientos de JV tan solo alcanza a la parte principal solicitante y, en el caso de que la oposición a la petición del solicitante se materialice, al oponente o contrainterésado, pero no a los restantes interesados ni a los terceros no directamente interesados, quienes podrán instar un segundo procedimiento de JV, sobre idéntico objeto, toda vez que la quiebra de uno de los presupuestos de la cosa juzgada —en este caso, los sujetos— conlleva, tanto en el marco de la JV como de la JC, la inexistencia de la «cosa juzgada» y la consecuente abierta posibilidad de instar, entre sujetos diferentes, un segundo proceso, incluso por idéntico objeto al ya resuelto, entre otras partes legitimadas⁹.

— Que no cambien las circunstancias que dieron lugar a la resolución firme del primer procedimiento de JV¹⁰.

La exigencia de que no tenga lugar un cambio de circunstancias, debe entenderse a hechos, actos o negocios nuevos y distintos entre el primer procedimiento y los procedimientos de JV posteriores.

La LEC 1/2000 regula la cosa juzgada con dos presupuestos esenciales: sujetos y objeto, sin que la *causa petendi* constituya ya el tercer elemento integrador del clásico trípede identificador de la cosa juzgada (sujetos, objeto y causa de pedir). El precepto 400.2 de la LEC reconoce, de manera expresa, que la causa de pedir ya no se configura como presupuesto de la cosa juzgada, institución que queda, a partir de su entrada en vigor, integrada, de manera exclusiva por los sujetos y el objeto.

En idéntico sentido a lo señalado, y habida cuenta de la supletoriedad y de la *vis atractiva* de la LEC sobre la LJV, cabe subrayar que la cosa juzgada predicable de las resoluciones que ponen término a los procedimientos de JV ha de integrarse, de manera exclusiva, por los presupuestos reconocidos en la JC: objeto y sujetos, sin que la «modulación de circunstancias» pueda ser considerada como un elemento esencial de la totalidad de procedimientos de JV.

Obedece la afirmación anterior a que la «modulación de circunstancias» tan solo permite reabrir un debate cerrado entre las partes, tras la conclusión definitiva y firme de un proceso, a modo de límite temporal, cuando los intereses en juego son de naturaleza indisponible, esto es, cuando los sujetos afectados son menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, materias estas en las que existe unanimidad doctrinal y jurisprudencial en la consideración de que la «verdad material» ha de prevalecer sobre la «formal» y, por tanto, la mutación de circunstancias conlleva la abierta posibilidad, no obstante la cosa juzgada predicable de la resolución que resolvió, en su día, idéntico objeto entre las mismas partes, de entablar un nuevo procedimiento, bien sea de JV o de JC.

La LEC 1/2000 establece, en efecto, en su artículo 222.1, por lo que se refiere a la «identidad del objeto», que «la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo». Este mismo precepto, en su apartado tercero, dispone, respecto de la «identidad subjetiva» que «la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley».

Cabe, por todo ello, afirmar, que solo el objeto y los sujetos constituyen, en la regulación actual, los presupuestos básicos de la «cosa juzgada», por lo que parece que las circunstancias no pueden, en principio, erigirse en presupuesto esencial en los procedimientos civiles de naturaleza dispositiva, ante el riesgo de que la «modulación de circunstancias» pudiera derivar en una estrategia procesal, en manos de los contendientes, para mantener abierto el debate judicial, de manera indefinida en el tiempo, con la consiguiente quiebra de la seguridad jurídica.

Conforme a la argumentación que antecede, cabría afirmar que la referencia del artículo 9.3 al «cambio de circunstancias» ha de entenderse en el sentido de «cambio de objeto» o, si se prefiere, «modificación de la pretensión», pero no desde luego, en materias dispositivas, a la modificación de circunstancias afectantes a un objeto idéntico.

El artículo 400 de la LEC resulta, por lo demás, esclarecedor a este respecto: «cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior (...) 2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este».

Parece, conforme a la argumentación realizada, que la cosa juzgada alcanza a la totalidad del objeto suscitado entre unos mismos sujetos, con independencia de la «causa de pedir» que estos hubieren incorporado al debate procesal, toda vez que aquel objeto quedará cubierto, entre estas partes, por la plenitud de efectos positivos y negativos de la cosa juzgada.

Solo si la materia sobre la que versa la pretensión es de orden público o afecta a derechos indisponibles, y, por tanto, queda fuera del alcance o poder de disposición de los intervinientes, podrán estos ante una modificación sustancial de las circunstancias concurrentes al tiempo de dictarse la resolución definitiva, sustanciar un nuevo procedimiento, merced a los límites temporales de la «cosa juzgada» en materias de esta naturaleza.

El artículo 19.3, menciona el objeto, omite la referencia a las partes solicitantes si bien es evidente que se requiere que estas sean las mismas en el primer y en el posterior procedimiento de JV, como ya ha sido subrayado, y dispone que no deben «cambiar las circunstancias que dieron lugar a aquel», expresión con la que se alude a los llamados límites temporales de la cosa juzgada¹¹.

B) En su efecto positivo, conforme al artículo 19.3, *in fine*: «Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel»¹².

Cabría afirmar al respecto, que cualquier órgano jurisdiccional quedará vinculado en cualquier proceso o procedimiento, y ello encajaría en el denominado efecto positivo de la cosa juzgada material, por el contenido dispositivo de la resolución adoptada en el expediente de JV, siempre que esta no se cuestione en un proceso ordinario, en cuyo caso el juez no estará vinculado, en medida alguna, por lo decidido en el procedimiento de JV¹³, sin perjuicio de la competencia del registrador de la propiedad o mercantil en materia de calificación registral conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y 22 de la LJV cuando de expedientes jurisdiccionales se trate.

La cosa juzgada material despliega, en su manifestación positiva, un doble efecto: la prejudicialidad y la ejecutoriedad.

Las resoluciones dictadas en los procesos de JV son, en su inmensa mayoría, de naturaleza declarativa o constitutiva, razón por la que este último efecto, la «ejecutoriedad», a diferencia de lo que acontece en la contenciosa (integrada básicamente por sentencias con pronunciamientos de condena, susceptibles de ejecución), no será predicable de la inmensa mayoría de resoluciones dictadas en el marco de la JV.

Sin embargo, la prejudicialidad de las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de JV resulta evidente, y ello se proyecta no solo respecto de las futuras resoluciones de JV, que tengan como antecedente inmediato, lógico y prejudicial lo resuelto en la propia JV, sino también respecto de las resoluciones que hayan de adoptarse, con idéntico precedente de la JV, en la JC, toda vez que, conforme ha tenido ocasión de señalar nuestra jurisprudencia, de manera reiterada y elocuente, «unas mismas resoluciones no pueden existir y dejar de existir para los distintos órdenes jurisdiccionales». Lo que cabría aplicar, a mi juicio, a las distintas jurisdicciones: voluntaria y contenciosa.

Si bien está claro que lo decidido en un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso con idéntico objeto que el expediente voluntario, conforme al artículo 19.4, la referencia en el artículo 19.3, párrafo 1 a que «lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente...», plantea la cuestión, al distinguir entre expediente y actuación, en contraposición al artículo 19.4, que alude solo a «expediente con el mismo objeto», de si el juez que conoce un proceso con un objeto diferente al propio de un procedimiento voluntario,

pero con algún elemento conexo con el objeto decidido en un expediente de esta naturaleza, estará vinculado por lo allí decidido.

La LEC 1/2000, establece, en su precepto 222.4, que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

En sintonía con el tenor literal del precepto de la LEC, cabe afirmar que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la resolución firme que haya puesto fin a un procedimiento de JV —salvo que se hubiere revocado, posteriormente, en la JV— vinculará al juez o Tribunal de un procedimiento de JV, o, en su caso, de un proceso de Jurisdicción contenciosa posterior cuando en este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.

La lógica de la afirmación que antecede se visualiza así mismo a luz de los supuestos específicos. Así, si en un procedimiento de JV, por ejemplo, se ha autorizado o aprobado por un Juez el reconocimiento de la filiación matrimonial de un menor o de una persona con capacidad modificada judicialmente, conforme a la previsión de los artículos 23 a 26 LJV, o se ha autorizado la intromisión legítima en el honor, la intimidad o la propia imagen de un menor o de una persona con la capacidad judicialmente modificada, conforme a los artículos 59 y 60 LJV, o se ha procedido al nombramiento o la remoción de un tutor, conforme a los artículos 43 a 51 LJV, o se ha autorizado una adopción, que si se constituyó judicialmente es prácticamente irrevocable, etc., la cuestión sería: en un proceso posterior con distinto objeto que el decidido en el expediente de JV, el juez quedará o no vinculado por lo decidido en materia de: filiación matrimonial, restricción del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, de tutela o de adopción, en el procedimiento voluntario.

Habría que distinguir dos supuestos:

a) Si en el proceso, de manera conjunta con las pretensiones contenciosas, surgen de forma conexas actuaciones previas resueltas en el marco de la jurisdicción voluntaria, que no inciden en el contencioso, el juez quedará vinculado por lo decidido en el procedimiento de JV anterior, si lo resuelto en el expediente de JV no ha sido planteado como pretensión específica, dado que, la solución contraria, podría entrar en colisión con el principio de seguridad jurídica conforme el Estado garantiza a la persona la certeza del derecho en su situación jurídica¹⁴.

Por razones de celeridad, de economía procesal y material, así como de evitación de resoluciones inconciliables o, incluso, contradictorias, parece razonable estimar que lo resuelto en un procedimiento anterior de JV, con todas las garantías propias de un contencioso, conforme a la nueva LJV de 2015, vincule

al juez del ulterior proceso contencioso, salvo que las partes, expresamente, lo pongan en cuestión en nueva demanda o reconvencción.

b) Si en el nuevo proceso se plantean, en la fase de alegaciones, pretensiones dimanantes de un procedimiento voluntario previo de manera conjunta a otras pretensiones contenciosas, el juez no queda vinculado por lo resuelto en el procedimiento de Jurisdicción Voluntaria anterior respecto de las primeras.

La solución propuesta se cohonesta, por otra parte, con el principio dispositivo que informa el proceso civil, con la excepción de aquellos supuestos en los que la cuestión, por razones de indisponibilidad del objeto procesal, afecte a derechos o intereses de menores, personas con la capacidad modificada o ausentes, en los que el juez actuará de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, no se encontrará vinculado por lo resuelto en un procedimiento anterior de JV, con independencia de que la cuestión resuelta en el procedimiento de JV, haya sido o no planteada como pretensión en la fase de alegaciones del proceso posterior.

La cosa juzgada material despliega, en consecuencia, su proyección, manifestación o efecto positivo, de «prejudicialidad», tanto respecto de la JV, como de la JC, y su efecto negativo, de «ne bis in idem», únicamente en el marco de la propia JV.

V. EFECTOS DE COSA JUZGADA EN LOS EXPEDIENTES TRAMITADOS POR NOTARIOS Y REGISTRADORES

Conforme al párrafo segundo del artículo 19.3: «Esto será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el de los Secretarios judiciales»¹⁵.

La aplicación a los expedientes tramitados y resueltos por notarios y registradores, en concurrencia y alternatividad con los LADJ, de los efectos negativo, de *non bis in idem* y positivo de prejudicialidad de la cosa juzgada previstos en el artículo 19.3, párrafo 1, resulta plenamente coherente y obedece a elementales razones de seguridad jurídica.

Parece, en consecuencia, que la interpretación correcta es que el párrafo segundo del artículo 19.3 establece que la decisión de los expedientes de JV resueltos por notarios y registradores produce no, en puridad, cosa juzgada, que constituye un atributo exclusivo de la función jurisdiccional¹⁶, pero si unos efectos similares a los propios de la cosa juzgada.

Realizada la precisión que antecede, cabe subrayar que resuelto un expediente de JV ante un LADJ, notario o registrador, una vez firme la resolución, no podrá iniciarse idéntico expediente, salvo que cambien los sujetos o el objeto, ante otro de los operadores jurídicos a quien en régimen alternativo se atribuya

así mismo competencia para su conocimiento, en atención al efecto negativo, de *non bis in idem*, de la cosa juzgada.

Se trata con ello que los interesados no acudan a otro operador jurídico a quien se atribuya así mismo la competencia en alternatividad, cuando el asunto ya ha sido resuelto por uno de los operadores jurídicos competentes.

Ante el comprensible desconocimiento por parte del titular de la competencia acerca de la tramitación y resolución de la cuestión que se la plantea en un procedimiento o expediente anterior, una posible solución podría consistir en que en la comparecencia ante el letrado de la Administración de Justicia, el notario o el registrador, el solicitante manifestase que no ha iniciado con anterioridad un expediente con el mismo objeto.

En todo caso, si un momento posterior a la tramitación o resolución del expediente, se acreditase que había sido ya resuelto un expediente con identidad de sujetos y objeto, se produciría la nulidad de lo actuado en el segundo expediente, y el promotor podría responder por los daños y perjuicios causados y, en su caso, por mala fe procesal.

El efecto positivo de prejudicialidad, inherente a la cosa juzgada material, tendrá lugar cuando resuelto el expediente de JV por un juez, LADJ, notario o registrador, y una vez firme la resolución, se produce una conexión entre lo resuelto en el primer expediente y lo que haya de resolverse en un expediente o actuación posterior, sea cual fuere el titular de la competencia, conforme a lo previsto en el artículo 19.3, párrafo 1: «Lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel». Lógicamente lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la calificación de la resolución correspondiente por parte del registrador de la propiedad o mercantil¹⁷ a quien se solicite su inscripción, conforme a lo previsto por la legislación hipotecaria y al principio de independencia de su actuación.

VI. AUSENCIA DE EFECTOS DE COSA JUZGADA MATERIAL, DE LAS RESOLUCIONES DE JV, FUERA DEL ÁMBITO DE LA PROPIA JV.

Lo que no produce una resolución firme de JV es el efecto negativo de la cosa juzgada, fuera del ámbito de la propia JV: «La resolución de un expediente de JV no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto...», ni el efecto positivo, fuera del mismo ámbito, dado que la resolución con la que se concluya el proceso podrá confirmar, modificar o revocar lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria, como se infiere del artículo 19.4 *in fine*.

La expresa negación de la proyección negativa de la cosa juzgada material, predicable de las resoluciones dictadas en el marco de la JV, respecto de la JC, encuentra su fundamento en la «libertad de elección» ofrecida, con carácter

general, a los particulares, entre la JV y la JC, para ventilar los asuntos que precisan de intervención judicial, los conflictos o, en su caso, las meras discordias.

Ello no significa que las resoluciones dictadas en los procedimientos de JV carezcan de eficacia de cosa juzgada, sino que dicha eficacia ha de limitarse, siempre y cuando su asunción, por las partes implicadas, resulte pacífica, a los confines de su resolución. Y es que las resoluciones dictadas en los procedimientos de JV, en general —y dentro de ellas, las que, al propio tiempo, dimanen de los órganos integrantes del Poder Judicial, en especial— han de gozar, por elementales razones de seguridad jurídica, de idénticos caracteres a los que inspiran o, mejor aún, impregnan, necesariamente, los procesos contenciosos, de suerte que la institución de la cosa juzgada habrá de predicarse, siempre y en todo caso, de tales resoluciones aún cuando deba quedar residenciada en el marco de su propia actuación¹⁸.

En definitiva, conforme al artículo 19.4 cabe iniciar un proceso contencioso, con independencia de que hayan variado o no los sujetos, el objeto o las circunstancias o presupuestos propios del procedimiento voluntario precedente y sin que ello deba entenderse, en modo alguno, como una impugnación de la resolución dictada en el marco de la JV¹⁹.

Consideración diferente a la señalada es aquella conforme a la cual, en la práctica, en ocasiones, no cabrá la revocación de los efectos derivados de la resolución de un expediente de JV mediante la incoación que la apertura de un proceso contencioso posterior no podrá revertir ciertos efectos ya producidos como consecuencia de algunos expedientes de JV. Así por ejemplo, cuando el juez ha autorizado al tutor para proceder a la venta de los bienes del menor y la venta se ha producido, o cuando el menor no emancipado ha sido habilitado para comparecer en juicio y se ha producido su comparecencia, se ha verificado el nombramiento de defensor judicial del menor o incapacitado y la persona nombrada ha procedido a litigar en su representación o se ha producido la extracción y trasplante de un órgano previa autorización judicial²⁰.

La disposición contenida en el artículo 19.4, *in fine*, conforme a la cual «... debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria», obliga al juez a pronunciarse en la resolución conclusiva del proceso declarativo acerca de si la previa resolución adoptada en el expediente de JV, del que trae su causa el proceso, resulta confirmada, modificada o revocada²¹.

La razonable regulación de la cosa juzgada en la LJV supone, en todo caso, un relevante paso adelante en la clarificación de la cuestión.

No se ha llegado, sin embargo, a reconocer efectos de cosa juzgada material fuera del marco de la JV, a la resolución firme dictada en los procedimientos de JV, aunque el carácter garantista del nuevo procedimiento judicial de JV, configurado en la estela del juicio verbal, otorga a los intervinientes una tu-

tela judicial efectiva, en materia de garantías, análoga a la que se deriva de un proceso declarativo²², con independencia de que el título bajo el que se preste, jurisdicción voluntaria, formalmente no se enmarque en el ámbito del proceso²³, y la tutela judicial alude a su efectividad más que a la formalidad de su denominación, conforme a la STC de 20 de mayo de 2002, en la que se afirma que «el artículo 24 CE no impone cauces procesales determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables mediante los medios de alegación y de prueba suficientes, cuando se actúa con la diligencia procesal razonable».

El Tribunal Constitucional ha reiterado, por otra parte, en numerosas ocasiones, que en la JV deben respetarse todas las garantías constitucionales del proceso²⁴.

VII. CONCLUSIONES

Las resoluciones de JV, en definitiva, no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia JV, pero sí en este ámbito, en sus efectos negativo y positivo, por lo que la tónica afirmación de la ausencia de cosa juzgada en la jurisdicción voluntaria, debe matizarse en el sentido de que dentro del propio ámbito interno de la JV sí produce efectos de cosa juzgada la resolución con la que se finaliza el expediente, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 LJV, y sigue manteniéndose la posibilidad de acudir con posterioridad a la resolución de un expediente de JV a un proceso jurisdiccional, conforme al artículo 19.4 de la LJV.

En síntesis: unas mismas resoluciones no pueden existir y dejar de existir para las distintas Jurisdicciones: voluntaria y contenciosa, razón por la que las resoluciones con fuerza de cosa juzgada material, dictadas en el marco de la JV, despliegan sus efectos positivos prejudiciales, no solo sobre la propia JV, sino también sobre la Jurisdicción Contenciosa²⁵.

Negar efectos de cosa juzgada material a la jurisdicción voluntaria, en su propio marco, introduciría a mi juicio, una peligrosa variable, que solo generaría inseguridad jurídica a los justiciables y al propio funcionamiento de la Administración de Justicia²⁶.

Conforme a la regulación contenida en la LJV, cabría afirmar, en suma, que prácticamente la única diferencia esencial, al margen de notas diferenciadoras de menor relieve que se mantienen, entre JC y JV es la ausencia, respecto de esta, del efecto de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia JV, de lo que se infiere, en consecuencia, la posibilidad de incoar un proceso declarativo, con el mismo objeto, y entre los mismos sujetos intervinientes en el procedimiento de jurisdicción voluntaria del que trae su causa²⁷.

En definitiva, la cosa juzgada material predicable de las resoluciones judiciales dictadas en el marco de la JV tienen una doble proyección: positiva o prejudicial, tanto en el marco de la JV, como en el de la JC; y negativo o excluyente, en el ámbito de la propia JV.

NOTAS

¹ *Vid.*, al respecto en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Colegio Nacional de Registradores - Dykinson 2015, p. 560. Id. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: Notas que la caracterizan y novedades que aporta, *Economist & Juris*, septiembre de 2015, pp. 16-23; Id.; *Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013*, La Ley, 18 de marzo de 2014, pp. 1-11; Id. Previsión de la oposición en el artículo 17.3 de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2016, Editorial

² PICÓ JUNOY, La desjudicialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria, en *Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, La Ley, edición julio de 2015, pp. 38-39.

³ Para un estudio específico sobre la cosa juzgada en el proceso contencioso, *vid.*, como obras de referencia: DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativo y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, CEURA, Madrid, 1991; Id. Límites temporales de la cosa juzgada civil, en *Efectos jurídicos del proceso (Cosa Juzgada. Costas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas)*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995; Id. «Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil», Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2005; NIEVA FENOLL, «La cosa juzgada», *Atelier*, Barcelona, 2006; CALAZA LÓPEZ, *La cosa juzgada*, La Ley 2009.

⁴ En este sentido, Joan PICÓ, en *La desjudicialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria*, en *Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, *cit.*, p. 39, afirma: «en la LJV encontramos multitud de instituciones propias del proceso jurisdiccional que no aparecen bajo el nombre por el que comúnmente son conocidas, por lo que no sabemos si estamos ante lo ya conocido o son nuevos “personajes” que buscan una entidad propia. Entre los ejemplos que el autor menciona para ilustrar su afirmación se refiere a que: el artículo 19.3 LJV prevé la cosa juzgada material —negativa y positiva— para los propios actos de jurisdicción voluntaria, sin utilizar estos términos...».

Ahora bien, cabe subrayar que, al margen de la omisión legal, que debería ser subsanada en una futura reforma, los Informes del CGPJ, del CF al ALJV de 2013, y los propios comentarios doctrinales a la LJV utilizan de forma natural la expresión de cosa juzgada acuñada en la LEC para referirse a la institución con este contenido.

⁵ Así, la omisión de la terminología adecuada, y la no utilización de los términos procesales que corresponden, en relación con la regulación de la litispendencia y la prejudicialidad, se materializa en el artículo 6 LJV, en relación con las costas, en el artículo 7, en relación con la cosa juzgada en el artículo 19.3 y 4, y en los distintos artículos de la LJV, desde el artículo 1, respecto del procedimiento.

⁶ Hubiera sido deseable unificar la terminología empleada para designar las mismas realidades jurídicas en las distintas leyes reguladoras: así, en el Preámbulo de la LJV se hace referencia en distintas ocasiones a procedimientos de JV, en el texto de la Ley a expedientes de JV, y en el artículo 198 de la Ley 13/ 2015, de Reforma de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Catastro Inmobiliario, se mencionan nueve procedimientos, de competencia registral o notarial.

GONZÁLEZ POVEDA, considerado el mayor experto en procedimientos específicos de JV, utiliza siempre la expresión procedimiento de JV para referirse a los más de 150 procedimientos específicos que analiza en su obra de referencia sobre la materia, con la excepción

de los expedientes de dominio, de reanudación del tracto sucesivo, de inscripción de excesos de cabida y de liberación de cargas y gravámenes.

En este sentido, se ha pronunciado así mismo Joan PICÓ, en el mencionado artículo La desjudicialización y procesalización de la JV, en el que afirma: «la JV ha optado finalmente por utilizar el término expediente. Entiendo que se trata de una imprecisión terminológica que debería corregirse por cuanto da a entender equívocamente una naturaleza administrativa de toda esta materia cuando es tramitada por el juez. En consecuencia, en estos casos debería haberse optado por los términos “procedimiento” o “acto” de JV, mucho más acordes con la terminología empleada cuando interviene el juez y dejar el término expediente para los tramitados por el secretario judicial, el notario o el registrador».

⁷ Conforme afirma GONZÁLEZ POVEDA, en *La Jurisdicción Voluntaria*, 4.ª ed., Aranzadi 2008, p. 188: «El efecto de cosa juzgada formal es aceptado unánimemente por los autores que se ocupan del mismo, en la jurisdicción voluntaria. Cosa juzgada formal no es sino la preclusión de los medios de impugnación».

⁸ El artículo 3 LJV al tratar de la legitimación para iniciar el expediente se refiere a: a) titulares de derechos (legitimados), b) titulares de intereses legítimos (personas con interés concurrente o complementario con el del solicitante), y c) quienes tengan reconocida legitimación en la legislación relativa a la materia que constituye su objeto.

Hubiera sido deseable la mención expresa, en el texto del artículo 3, de quienes, junto a los interesados o afectados, manifesten un interés divergente o contrario al expresado por el promovente, contrainterésados, si bien cabe incluirlos en la referencia a titulares de intereses legítimos.

Establecida en el artículo 3.1 la premisa general en relación con la legitimación, habrá que estar a lo previsto en cada expediente concreto, en el que habrá que discernir, entre los promoventes o partes solicitantes que incoan el procedimiento, y los intervinientes en el mismo, en las distintas condiciones de:

— Afectados en sus derechos o intereses, con un interés concurrente o complementario de cualquier naturaleza, jurídico, moral, económico, personal, familiar o social, con el del solicitante, que, en puridad, son también «partes procesales» por cuánto se trata de personas que se ven afectadas, de manera directa, por los efectos de la resolución alcanzada en el expediente.

— Contrainterésados, es decir, personas con un interés opuesto al manifestado por el solicitante, quiénes son así mismo «partes procesales», por cuánto ostentan un «interés» propio y directo, que se verá afectado por lo resuelto en el expediente y

— Terceros cuyo interés no se ve afectado, de manera directa, de ahí su denominación de terceros no directamente interesados, y que, sin embargo, intervienen en el expediente, debido a que sus intereses se verán afectados de manera refleja por los efectos de la resolución que ponga término o culmine el expediente.

⁹ Si bien no se alude de forma expresa en el artículo 19.3 a las partes solicitantes entre el primer y el segundo procedimiento, a efectos de la cosa juzgada, parece evidente, que deben ser las mismas, si bien, excepcionalmente, la cosa juzgada puede afectar también a otras personas.

¹⁰ *Vid.*, al respecto, en relación con la Jurisdicción contenciosa, en ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi 2015, 14 ed, T. VIII, C. 23.

¹¹ En relación con la teoría procesal de la cosa juzgada material, asumida por la LEC., *vid.* en DE LA OLIVA, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el ámbito civil*, Civitas 2005, y en la EM de la LEC / 2000, Apartado I: «En cuanto a la cosa juzgada, esta Ley, rehuendo de nuevo lo que en ella sería doctrinarismo, se aparta, empero, de superadas concepciones de índole casi metajurídica y, conforme a la mejor técnica jurídica, entiende la cosa juzgada como un instituto de naturaleza esencialmente procesal, dirigido a impedir la repetición indebida de litigios y a procurar, mediante el efecto de vinculación positiva a lo juzgado anteriormente, la armonía de las sentencias que se pronuncien sobre el fondo en asuntos prejudicialmente conexos.

Con esta perspectiva, alejada de la idea de la presunción de verdad, de la tópica “santidad de la cosa juzgada” y de la confusión con los efectos jurídico-materiales de muchas sentencias, se entiende que, salvo excepciones muy justificadas, se reafirme la exigencia de la identidad de las partes como presupuesto de la específica eficacia en que la cosa juzgada consiste.

En cuanto a otros elementos, dispone la Ley que la cosa juzgada opere haciendo efectiva la antes referida regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos».

¹² Por otra parte, conforme se afirma en la sentencia 791/2004, de la AP de Barcelona: «La litispendencia, como manifestación anticipada de la cosa juzgada material (arts. 222, 416, 1, 2.º y 421 LEC) exige la concurrencia de otro litigio, de carácter contencioso, con identidad subjetiva y objetiva de las partes implicadas y que condicione, por tanto, la resolución de este.

En efecto, la litispendencia exige identidad subjetiva, objetiva y causal entre el pleito en que se alega y otro anterior siendo un anticipo de la cosa juzgada pues con la estimación de tal excepción se intenta evitar resoluciones judiciales que resulten contradictorias».

¹³ En este sentido, en el Informe del CGPJ al ALJV de 2103, apartado 154: «En cuanto a la cosa juzgada, debe señalarse que las resoluciones de JV, una vez devienen firmes, no comportan efectos de cosa juzgada material fuera del ámbito de la propia jurisdicción voluntaria, aunque sí en ese ámbito.

Ello se advierte por el contraste de lo preceptuado en los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Anteproyecto. De acuerdo con el primero, «resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquel», añadiendo que «lo allí decidido vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquel». De conformidad con el segundo, «la resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel» (con independencia de que hayan variado o no las circunstancias), al tiempo que «no se podrá iniciar o continuar con la tramitación de un expediente de jurisdicción voluntaria que verse sobre un objeto que esté siendo sustanciado en un proceso jurisdiccional. Una vez acreditada la presentación de la correspondiente demanda, se procederá al archivo del expediente, remitiéndose las actuaciones realizadas al tribunal que esté conociendo del proceso jurisdiccional».

¹⁴ En opinión de BANACLOCHE PALAO, en *Los nuevos expedientes y procedimientos de Jurisdicción Voluntaria*, La Ley 2015, p. 99: «Si no hay exclusión del proceso posterior idéntico, con mayor razón ha de sostenerse que el juez de ese proceso no está vinculado por lo decidido en jurisdicción voluntaria cuando los objetos de ambos son conexos —es decir, que tampoco hay función positiva de la cosa juzgada material—, aunque nada obsta a que el expediente sea considerado en el proceso como un antecedente fáctico más y sus actuaciones como documentos que se aportan al contencioso.

¹⁵ La previsión contenida en el artículo 19.3, párrafo 2.º, ha de ponerse en relación con lo previsto en el mismo sentido en el artículo 6 LJV. Tramitación simultánea o posterior de expedientes o procesos, conforme al cual: «1. Cuando se tramiten simultáneamente dos o más expedientes con idéntico objeto, proseguirá la tramitación del que primero se hubiera iniciado y se acordará el archivo de los expedientes posteriormente incoados.

El régimen jurídico contemplado en el presente apartado para los expedientes de jurisdicción voluntaria será aplicable también a los expedientes tramitados por Notarios y Registradores en aquellas materias en las que la competencia les venga atribuida concurrentemente con la del Secretario judicial»

¹⁶ Como señala ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi 2015, 14.ª ed., T. VIII, C. 23: «Por cosa juzgada se entiende la inmutabilidad en cualquier proceso posterior de lo resuelto por la sentencia de fondo».

¹⁷ O en su caso del Encargado del Registro Civil (cfr. art. 30 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil).

¹⁸ *Vid.*, en este sentido, CALAZA LÓPEZ, La cobertura actual de la cosa juzgada, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 20, 2010; Id. La cosa juzgada, ed. La Ley, Madrid, 2009, p. 125.; Id. El alcance virtual de la cosa juzgada material, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 773, Madrid, 14 de abril de 2009; Id. La cosa juzgada en el proceso civil y penal, *RDUNED* núm. 24, 2004.

¹⁹ Artículo. 19.4: «La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto que aquel». No ten-

dría por qué necesariamente ser así, dado que, conforme se afirma en la STC de 124/2002, de 20 de mayo de 2002.

²⁰ En este mismo sentido se pronuncia el CGPJ en su Informe al ALJV de 2013, apartado 155.

²¹ Como afirma Joan PICÓ, en La desjudicialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria, en Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, en *La Ley, cit.*, p. 39, la relevante novedad que supone el inciso final del artículo 19.4, que obliga al Juez a entrar a analizar la corrección de la previa resolución que concluyó el expediente de jurisdicción voluntaria hace que nos encontremos «como si se tratara de un proceso contencioso administrativo en el que el juez debe pronunciarse sobre si es conforme a derecho o no la disposición o acto recurrido judicialmente».

²² A la aproximación, hasta la práctica identificación en muchas de las disposiciones, entre la JC y la JV, prevista en el ALJV de 2013, se refiere el Informe del CGPJ al ALJV de 2013, en los apartados 134 a 138: «La regulación de estas normas generales, y en concreto las relacionadas con la tramitación, ponen de manifiesto una mayor proximidad entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, por contraste con el modelo plasmado en la LEC/1881. 135. Así, además de establecer, con carácter general, la aplicación supletoria de las disposiciones de la LEC «en todo lo no regulado en la presente ley» (art. 8), el Anteproyecto traza diversas remisiones directas a la LEC en algunas cuestiones básicas. La primera es en materia de celebración y registro de la comparecencia, así como de citación para la misma, pues la comparecencia se deberá tramitar «por los trámites previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades» (art. 18, primer inciso, del Anteproyecto), «se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento Civil» (art. 18.6.³) y la citación a la misma se practicará en la forma prevenida en la LEC (art. 17.3).

La segunda es en materia de recursos, ya que tanto las resoluciones interlocutorias, como las definitivas dictadas por jueces y secretarios, serán recurribles, vía reposición, apelación o revisión respectivamente, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 20.1 y 2 del Anteproyecto).

En tercer lugar, se traza una remisión a la LEC en lo relativo a la acumulación de expedientes, la cual se regirá por lo previsto en dicho cuerpo legal, con algunas especialidades (art. 15.2 del Anteproyecto). Por último, la ejecución de las resoluciones firmes que pongan fin a los expedientes, «se regirá por lo establecido en los artículos 521 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 22.I del Anteproyecto).

136. Junto a lo anterior, descubrimos que en el Anteproyecto desaparecen una serie de especialidades procesales que actualmente presenta la JV, y que la separan de los procesos contenciosos...».

²³ A la cercanía entre ambas esferas de la jurisdicción se había ya referido RAMOS MÉNDEZ en un estudio anterior a la tramitación de la LJV de 2015, ¿Cuánta dosis de Jurisdicción Voluntaria necesitamos?, *Anales*, Centro para la Investigación y Desarrollo del Derecho Registral e Inmobiliario y Mercantil, 2005-2008, Derecho Procesal. Jurisdicción Voluntaria: «No hay inconveniente en mantener el rótulo Jurisdicción Voluntaria, pero también cabe desdramatizar la cuestión. Bastaría añadir a la actual LEC un nuevo título en el libro IV, que se ocupa de los juicios para dar cabida a cualquier modelo de juicio que se considere útil. Aun más, no vale siquiera la pena plantearse la cuestión del juicio especial. Es otro modelo de juicio y ya está».

²⁴ Así en la STC 155/2011, de 17 de octubre, que resuelve un recurso de amparo en el que se invocaba el derecho a la tutela judicial efectiva, en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción, en relación con la conciliación previa civil en el F. J. 3 se afirma: «En cuanto a la naturaleza del acto de conciliación en el proceso civil, esto es, si se incluye en el área contenciosa o se incardina en la jurisdicción voluntaria, ha de señalarse que a efectos de la tutela judicial efectiva la cuestión es indiferente, desde el momento en que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido extendiendo los derechos procesales del artículo 24 de la Constitución, a esa parcela de la justicia civil. A los meros efectos recordatorios, cabe indicar que así

lo hemos decidido, desde luego, en procedimientos donde se debate la situación de menores de edad desde diversos ángulos: a) ante la declaración administrativa de desamparo b) en expedientes de adopción c) para la determinación de la guarda y custodia del menor d) o ante la solicitud para su escolarización inmediata e) así como para su restitución, en caso de sustracción internacional; procedimientos todos estos donde se hace uso con frecuencia de un trámite de oposición, ante la confluencia de intereses contrapuestos (menores, progenitores, terceros con interés legítimo —acogedores—, organismos oficiales).

Pero la aplicación de los derechos del artículo 24 CE se ha extendido también a procedimientos de jurisdicción voluntaria donde no hay prevista oposición (...), de modo que ante el menoscabo o lesión de garantías constitucionales en sustanciación, el Tribunal ha respondido con un pronunciamiento favorable al amparo: así, en expediente de consignación de rentas (STC 18/2006, de 30 de enero, FF. 2 y 3); de exhibición de contabilidad de una empresa (STC 162/2006, de 22 de mayo, FF. 6 y 7); y de aceptación o repudio de una herencia (STC 61/2010, de 18 de octubre, FF. 2 y 3)».

STC 61/2010, de 16 de octubre, en la que se afirma: «...la diversidad de los supuestos contemplados en el Libro III LEC nos obliga a no sentar conclusiones generales sobre la necesidad o no de intervención de quienes pueden considerarse afectados en sus derechos por actos de JV a la luz del artículo 24 CE, Será necesario, por el contrario, descender a los casos particulares para verlos a la luz del texto constitucional... En el procedimiento de JV deben en definitiva respetarse las garantías procesales constitucionales».

STC 13/1981, de 22 de abril «...Son numerosos los casos en los que este TC ha estimado el amparo pese a producirse la supuesta lesión del derecho en expedientes de jurisdicción voluntaria, tanto en aquellos en que se debatían derechos relativos a menores(adopción o acogimiento), o personales (internamiento), como en otros en los cuales se dilucidaban intereses estrictamente económicos (así en la STC 113/1988 sobre expediente para el examen de la contabilidad de una sociedad anónima) y ha admitido, igualmente, el planteamiento de cuestiones de constitucionalidad en relación a las normas reguladoras de este tipo de procedimientos».

²⁵ PAZ RUBIO, Fiscal Jefe de la Sala 1.^a del TS, lo expresó de forma muy clara en su comparecencia en trámite de asesoramiento en el Congreso de los Diputados, en abril del año 2007, con ocasión de la tramitación del Proyecto de Ley de JV de 2006, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 821, pp. 43 y 44: «Estos expedientes producen efecto de cosa juzgada formal porque no se pueden impugnar en el mismo proceso y producen efecto de cosa juzgada material en otro expediente de jurisdicción voluntaria, no en un proceso contencioso posterior pero sí en otro de jurisdicción voluntaria y si se ha resuelto no lo vamos a resolver otra vez, aunque la materia de familia es susceptible de otra modificación».

²⁶ *Vid.*, en este sentido, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *La reforma de la Jurisdicción Voluntaria*, Colegio Nacional de Registradores - Dykinson 2015, pp. 560. Id. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria: Notas que la caracterizan y novedades que aporta, *Economist & Iuris*, septiembre. 2015, pp. 16-23; Luces y sombras del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013, *La Ley*, 18 de marzo de 2014, pp. 1-11, y en Joan PICO, en *La desjudicialización y procesalización de la Jurisdicción Voluntaria*, en *Especial Nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, en *La Ley*, julio de 2015, p. 39

²⁷ La notable aproximación de la JV a las reglas y principios informadores propios de la jurisdicción contenciosa no se traduce, sin embargo, en una confusión entre ambas esferas de la jurisdicción, ni significa que conforme al nuevo modelo de JV esta haya perdido algunas de sus notas más características, así una mayor libertad de formas, brevedad de plazos y prueba e impulso de oficio, conectadas con el dato esencial de que en la JV no se resuelven asuntos en los que se produce una la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, ni se dirime una controversia relevante.

(Trabajo recibido el 21-4-2016 y aceptado para su publicación el 5-5-2016)

DICTÁMENES Y NOTAS

«Opacidades» y «transparencias» en el control (de transparencia e ineficacia) en la contratación seriada entre empresarios/as (pymes y autónomos/as)

«Opacities» and «transparency» in the control of transparency (and ineffectiveness) hiring in the series between entrepreneurs (smes and freelancers)

por

INMACULADA SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

*Profesora Titular de Derecho Civil, Acreditada a Catedrática. Universidad de Granada.
Directora de la Cátedra de Derecho Registral de la Universidad de Granada.*

RESUMEN: El contexto actual de crisis económico-financiera, jurídica, política y social, ha impulsado cambios en la configuración jurídica, europea y nacional, del control de transparencia. Ante la falta de un pronunciamiento claro y expreso por parte del legislador, que zanje las dudas doctrinales y judiciales que hoy se ciernen en torno a si procede o no la extensión del control de transparencia de la cláusula suelo, a las Pymes (microempresas) y autónomos/as, trataremos de aclarar las dudas que hoy existen en la jurisprudencia menor en relación a determinar respecto al control de transparencia cuál es el verdadero (1) *ámbito subjetivo*, (2) *ámbito objetivo* y, (3) *ámbito competencial*, dejando

para otro momento y lugar, el (4) «novedoso» y cuestionable régimen de ineficacia sentado por las SSTS, Sala Primera (en Pleno), 9 de mayo de 2013 y, 25 de marzo y 29 de abril de 2015 (en virtud de la cual se instituye la retroactividad prospectiva —una decisión judicial que cuenta, a día de hoy, con ocho cuestiones prejudiciales)—. Haremos alusión a la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la contratación de productos financieros complejos y su posible nulidad por vicio de consentimiento planteadas por los Juzgados de Primera Instancia ante el TJUE (*ex art.* 1261 del Código Civil, tal y como ha corroborado, recientemente, las SSTS, 19 de mayo, y, Sala Primera, 22 de abril de 2016) y a la nulidad de la cláusula suelo cuando el prestatario/a es una Pyme por no superar el filtro de inclusión [*ex art.* 5.5.º y 7.1 b) LCGC], tal y como defiende parte de la jurisprudencia menor, en SSAP Valladolid, Sección 3.ª, 9 de marzo de 2016 y SAP Soria, Sección 1.ª, 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 26). Para terminar, aludiremos, además, a la necesidad de reflexionar sobre el control de contenido en la contratación entre empresarios siguiendo los textos europeos de referencia y los modelos europeos que existen ya así como, también, aludiremos a la doctrina sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía —una doctrina que tras el anuncio de la Sala Primera del TS reunida en Pleno, 13 de enero de 2015 debe reconsiderar la desatención legal que los empresarios/as hoy tiene en la lucha a favor de la contratación bancaria de adherentes consumidores o no.

ABSTRACT: The current context of economic and financial crisis, legal, and social policy, has DRIVEN: changes in juridicial, European and national configuration, control of transparency. In the absence of UN clear and express statement by the legislature, that addresses the doctrinal and legal questions that today hover around if the PROCEED or without the extension control transparency clause soil Results Search Application also an SME (micro) and Autonomous / as, try to clarify the doubts that exist in the lower jurisprudence in determining fast S. what is the true (1) subjective scope, (2) Scope my goal, (3) area of responsibility, Leaving paragraph another time and place, the (4) «new» and questionable regime of inefficiency Sitting by the SSTS, 1st Chamber, may 9, 2013 and march 25 and 29 april 2015 under which the retrospective-a retroactivity is instituted legal mind that, today, fraudsters decision: questions to the Eight TJUE-. WE WILL allusion to the jurisprudential Consolidated Supreme Court About recruitment of complex financial products and possible annulment on the grounds of Consent (ex art. 1261 CC, as has been confirmed recently, STS, 1st Chamber, may 19 and april 22, 2016) and the nullity of the clause floor when the borrower / a is an SME by any Overcoming include filter [ex art. 5.5 ° and 7.1 b) LCGC], as claimed by the lower part of jurisprudence, SSAP Valladolid, Section 3rd march 9, 2016 and SAP Soria, Section 1, February 18, 2016 (RJ 2016, 26). End paragraph, we shall refer.:

In addition, the s need to reflect on the Control of content Between Contracting Company following the European Reference texts and European models exist as well as also allude to the doctrine of unjust enrichment Foreclosure and-a gain sale doctrine that after the announcement of the 1st Chamber of TS Gathered in plenary, January 13, 2015 should reconsider the legal neglect that entrepreneurs / as today in the Fight has a favor Banking Recruitment consumers or adherents not.

PALABRAS CLAVE: Protección de los Consumidores. Cláusulas Abusivas. Contratos Bancarios. Empresario/a. Cláusulas Suelo.

KEY WORDS: *Consumer Protection. Unfair Terms. Bank Contracts. Businessmen and clauses soil.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. OPACIDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN PYMES Y AUTÓNOMOS/AS. 1. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIÓN: LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN, TRANSPARENCIA Y CONTENIDO EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA QUE PARTICIPAN ADHERENTES: CONSUMIDORES/AS, PYMES Y AUTÓNOMOS/AS. 2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN CON ADHERENTES: CONSUMIDORES O NO. 2.1. *La importancia creciente del control bancario, notarial y registral.* 2.2. *La formación o cualificación de los prestatarios. ¡Un nuevo debate surgido en la jurisprudencia menor!* 2.3. *El (reducido) control entre empresarios/as. Posibles remedios de que dispone el/a adherente-no consumidor/a.* 2.3.1. *La nulidad del producto financiero complejo a través de la aplicación del error-vicio del consentimiento por deficiente información precontractual (ex art. 1261 del Código Civil).* 2.3.2. *La nulidad de la cláusula suelo por incumplir el control de inclusión por deficiente información precontractual [ex arts. 5.5. y 7.1 b) LCGC y 80 TR-LGDCU].* 2.3.3. *La nulidad de la cláusula suelo por no superar el doble filtro de transparencia de creación jurisprudencial.* 3. EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS/AS. NUEVOS DESAFÍOS EN EL CONTROL DE LA CONTRATACIÓN ENTRE EMPRESARIOS (EX ART. 82 TR-LCGC). EL CONTROL DE CONTENIDO.—III. OPACIDADES Y TRANSPARENCIAS EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN PYMES Y AUTÓNOMOS/AS.—IV. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, EJECUCIONES HIPOTECARIA, VENTA Y ADJUDICACIÓN SIN HACER PARTÍCIPE EN LAS PLUSVALÍAS: ¿NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?—V. CONCLUSIONES. SENTENCIAS: 1.TJUE, 2. TS, 3. AP, 4. RRDGRN.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Han pasado casi dos años desde que el Tribunal Supremo decidió inadmitir a trámite el recurso de casación presentado por una empresa constructora que, en el ejercicio de una acción de nulidad de una cláusula suelo, después de salir vencedora en primera instancia y derrotada en apelación. Alegaba ante el Tribunal Supremo en su fundamentación jurídica la extensión a su favor de la novedosa doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia contenida en la STS, Sala Primera (Pleno), 9 de mayo de 2013. El Auto (denegatorio) de 30 de septiembre de 2014, cuyo ponente fue el Magistrado Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO —el mismo ponente a quien le correspondió analizar el posible enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias, adjudicación y venta con plusvalía en la STS, Sala Primera (en pleno), 13 de enero de 2015¹ y quien en la STS, Sala Primera, 22 de abril de 2016 reconduce la pretensión de la recurrente mercantil declarando la nulidad del producto financiero complejo por error vicio del consentimiento)— acordó la inadmisión del recurso advirtiendo que la resolución recurrida no infringía la doctrina jurisprudencial sobre transparencia «precisamente porque dicha sentencia se dictó para un supuesto diferente, al tratarse del examen de la validez de las cláusulas suelo en préstamos celebrados con consumidores»².

Desde entonces permanecemos en la espera de que la Sala Primera del Tribunal Supremo entre en el fondo del asunto sobre esta importante cuestión, que afecta, en nuestro país (España), a nada más y nada menos que al 99% (en concreto el 99,2%) del tejido empresarial conformado por Pymes (autónomos y microempresas) que en su práctica totalidad han dependido de la financiación bancaria y padecido la contratación seriada hasta en un 80%. Nos consta que el pasado 27 de abril de 2016 la Sala Primera se reunía para debatir, en pleno, esta importante y trascendental cuestión. Mucho nos tememos, sin embargo, que aún y a pesar del debate y de haber entrado a analizar el fondo del asunto, sin embargo, denegará la extensión del control de transparencia cuando los prestatarios son PYMES lo que, contará, quizás, con el voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO, ponente de la STS de 12 de junio de 2012 (sentencia que constituyó, en su día, verdadero germen del control de transparencia anclado en la LCGC), autor, también del voto particular de la STS de 25 de marzo de 2015 (sobre devolución de cantidades indebidamente cobradas por la cláusula suelo declarada nula) y sensible a esta cuestión; lo que abrirá el debate a la opinión pública y a los operadores jurídicos. Un debate que, a estas alturas, nos parece imprescindible e importante y que augura tener firmes opositores lo que demuestra, finalmente, la importancia del tema en cuestión.

De su decisión (la del legislador, en su día) y la del Supremo, en defecto de que el legislador eleve a rango legal (lo que a nuestro juicio sería deseable) este novedoso control jurisprudencial de transparencia dependen miles de

consumidores/as y de empresarios/as. Y es que de las PYMEs depende, en definitiva, la recuperación de nuestra economía y la regeneración de miles de puestos de trabajo³ porque en el contexto de crisis económica actual miles de consumidores/as y empresas están condenados a sobrevivir en una economía sumergida. Una situación insostenible para nuestra sociedad⁴.

La importancia social del debate en cuestión está fuera de toda duda. España es un país en el que la cifra del tejido empresarial —según los datos emitidos por el Banco de España—⁵ está muy por encima de países como Reino Unido (98%), Alemania (46%), Francia (41%) o Italia (22%), pero por debajo de Holanda (107%), Dinamarca (101%)⁶—. De la respuesta legal o de la que ofrezca el Tribunal Supremo, como complemento (que lo es) del ordenamiento jurídico (*ex art. 1.6 del Código Civil*), para tratar de ofrecer una alternativa al drama social que padecen hoy miles de empresarios/as (*ex art. 3 del Código Civil*) —un drama que arrasa el siglo XXI— y que hemos tratado de radiografiar de manera transversal en las dos obras colectivas fruto de los dos Congresos que hemos organizado en la Universidad de Granada, relativos al Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as (2015, Thomson Reuters Aranzadi)⁷, dependen, en buena medida, también, miles de consumidores/as tal y como hemos advertido en anteriores trabajos de investigación publicados en esta revista (en 2013⁸ y 2015⁹) y otras revistas —revista REDES (2014¹⁰), revista del Colegio de Registradores de la Propiedad (2015¹¹), Cuaderno Civitas (2016¹²), y revista Aranzadi Civil-Mercantil (en 2016¹³), resulta una auténtica necesidad social dar respuesta a la contratación entre empresarios/as—. En esta ocasión y bajo el título «Opacidades y Transparencias en el control de transparencia en la banca entre empresarios/as», nos proponemos aclarar (hacer más transparente, si se nos permite, el (reducido) control en la contratación seriada entre empresarios, a través de este nuevo trabajo de investigación que lleva por rúbrica «Opacidades» (y «Transparencias») en el control de transparencia en la contratación entre empresarios (Pymes y Autónomo/as)); nos proponemos transmitir, desde el inicio, las dudas, «opacidades» u «obscuridades» que están pendientes de respuesta legal o judicial en torno al control de la contratación bancaria (seriada y estandarizada) entre empresarios.

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define como el adjetivo que se relaciona con la cualidad de opaco —palabra que proviene del latín «*opacus*»— que describe todo aquello que impide el paso de la luz. Es en una primera acepción, lo contrario de «transparente» (o lo que es lo mismo, «nítido» o «diáfano»). Otras acepciones, equivalentes de este término, aluden (también) a la «falta de brillo», o «tristeza que causa la falta de transparencia» en tanto en cuanto es esa falta de transparencia la que no deja pasar la luz en un

cuerpo (la contratación con condiciones generales). Una definición más técnica de dicho concepto lo hace equivalente al cociente entre la intensidad de radiación que incide en un medio absorbente y la intensidad que sale del mismo.

Siendo la Luz (la legalidad/justicia) la Ley de Condiciones Generales de la contratación entre adherentes, consumidores o no —que sería el cuerpo— y una vez proyectado el control de transparencia (legal, bancario, notarial, registral y judicial) sobre contratación entre empresarios/as lo que «empantana», «empaña» y «sumerge en las tinieblas», es decir, en la «oscuridad», en la «sombra», o si se prefiere «enturbia» o hacen poco nítida y «opaca» la luz que se refleja una vez que se proyecta sobre el cuerpo, en nuestro caso, sobre la contratación seriada (o estandarizada) entre empresarios enturbiando la luz proyectada respecto al: (1) *ámbito subjetivo*, en torno al cual la jurisprudencia menor, también la doctrina, pone en tela de juicio si puede una mercantil (pyme) invocar el doble control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013 aún siendo conscientes, como alguna jurisprudencia menor es (otra no), que no son consumidores. Recientemente, también, parece estar naciendo una jurisprudencia menor que toma en consideración la formación o cualificación del consumidor poniendo en duda la falta de información y transparencia de la cláusula suelo en aquellos casos en los que se trata de un consumidor cualificado. (2) *ámbito objetivo*, en el que se duda en gran parte de la jurisprudencia menor, si el control de transparencia ha de analizado en sede de las normas de la contratación, en particular, en sede de la LCGC como una nueva y moderna forma de contratación distinta de la contratación por negociación o en las normas de consumo (en particular en el TR-LGDCU). Incluso, se duda a cerca de qué debe entender por transparencia o falta de transparencia y qué consecuencias produce su declaración: si la no incorporación y nulidad de la cláusula o la nulidad por abusividad de la cláusula y, (3) *ámbito competencial* o lo que es lo mismo, determinar cual es el juzgado competente para conocer de la acción de nulidad de la cláusula suelo, ¿el civil o el mercantil? —cuestiones todas ellas que centrarán nuestra atención a lo largo de las páginas que siguen—. Dejando para otro momento y lugar el importante debate relativo al (4) «novedoso» y cuestionable régimen de ineficacia sentado por las SSTS de 9 de mayo de 2013 y 25 de marzo y 29 de abril de 2015 que instaura ¿la retroactividad, la irretroactividad o la retracción hasta la fecha de 9 de mayo de 2013, tal y como ha sugerido recientemente la STS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015?), sobre las que permanecemos a la espera de que conteste el TJUE y sobre las que reflexionaremos en nuestro trabajo relativo a «La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia (¡Hay que repensar, también, el régimen de ineficacias del control de transparencia!), que se encuentra pendiente de publicación en la *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, julio de 2016¹⁴)

—una cuestión que afecta al bolsillo del adherente, consumidor/a o no, en lo que se refiere a la retroacción o no de la devolución de cantidades indebidamente cobradas a tenor de la cláusula suelo declarada nula.

Pongamos un ejemplo.

Imaginémonos un/a abogado/a, recién graduado (o, si preferimos, un médico/a, arquitecto/a, ingeniero/a, veterinario/a, empresario/a), que decide pedir dos préstamos hipotecarios: (a) un primer préstamo hipotecario que lo destina a adquirir su vivienda habitual y (b) un segundo préstamo hipotecario que lo destina en su despacho profesional que cuenta con un/a procurador/a (su esposo/a) y una/un secretaria/o (su cuñada/o) y siendo él administrador único y avalista del préstamo le exige la entidad concertar, además, (c) un producto financiero complejo (swaps, preferentes, cap/floor) una triple contratación financiera que se afronta con escasa formación financiera (reconozcamos que la educación financiera es escasa). Pero para quienes consideren o defiendan que, en esta hipótesis resulta presumible considerar que un recién graduado abogado dispone de una educación o cualificación profesional adecuada y que por esta razón, tal y como parece recientemente inferirse de la propia doctrina jurisprudencial menor, se presupone en él/ella conocimientos suficientes que hacen impropio solicitar la nulidad de las cláusulas suelo contratadas en los préstamos hipotecarios (a) y (b) o del producto financiero complejo [en el (c)]— imaginemos que esta triple contratación la realiza una persona reciente graduada de los estudios de arquitectura, ingeniería, clínica médica o veterinaria, o aún más claro, una persona con escasa o nula formación (académica) que decide abrir una carpintería, tienda o comercio, peluquería, etc.

En cualquiera de los supuestos imaginados la contratación que afronta el representante de la (modesta) mercantil (constituida, probablemente, en una sociedad de responsabilidad limitada) —recordemos, el/la abogado/a, el/la veterinario/a o el/la carpintero— que en calidad de adherentes en la contratación seriada el predisponente del préstamo hipotecario con idéntico clausulado en los préstamos (a) y (b) o del producto financiero complejo [en la hipótesis del contrato (c)] se ha adherido firmando el clausulado predispuesto por la entidad financiera probablemente sin conocimientos financieros, sin asesoramiento específico (y sin posibilidad de subcontratarlo) y con plena confianza y dependencia económica del predisponente (la entidad financiera) de quien dependen, en última instancia, si desean acometer, con éxito, su proyecto personal (adquirir su vivienda habitual) y profesional (montar su bufete, clínica o local).

Llegado el momento del vencimiento y ejecución del crédito hipotecario y ante la imposibilidad de afrontar el pago de los préstamos hipotecarios por falta de clientela o por las innumerables deudas que proveedores le han dejado insatisfechas, el/la adherente de los contratos (a) y (b) y (c), podrá oponerse al procedimiento de ejecución hipotecaria alegando posible abusividad en calidad de adherente-consumidor únicamente en el contrato hipotecario (a) pero no en

el (b) ni en el (c) porque en su calidad de adherente no consumidor (que lo es, a nuestro juicio) se parte, no sabemos por razón de «presumir» que ha habido con el predisponente una particular negociación para la que dispone, además, de «cierta experiencia profesional» o de conocimientos financieros que se presumen que no existen en la hipótesis del contrato (a) hasta el punto de presumir, también, la posible abusividad (de oficio o a instancia de parte) del adherente en su cualidad de consumidor/a.

Retomando el ejemplo del que partíamos, y tratando de adivinar la solución que el Supremo ofrezca a esta importante y trascendental cuestión, a la vista de la doctrina consolidada jurisprudencial, reciente (de 2016), que sobre el particular viene dictando el Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor, creemos que es posible que en la hipótesis (c) del caso imaginario del que partimos (recordemos, la contratación del producto financiero complejo) fuera posible que el Tribunal Supremo declarase la nulidad por vicio-error del consentimiento (*ex art. 1261 del Código Civil*), tal y como ha declarado recientemente en la STS, Sala 1.^a, 6 de abril de 2016 —de la que su ponente es el mismo que en su día inadmitió a trámite (a través del Auto 30 de septiembre de 2014) el recurso de casación interpuesto por una mercantil que pretendía la extensión (subjettiva) del (reciente entonces) control de transparencia de la STS, Sala Primera (pleno), 9 de mayo de 2013—. Respecto al contrato hipotecario (b) concertado por el adherente en su cualidad de empresario (y por tanto no consumidor) —siguiendo nuestro caso imaginario— a la luz de *batalla quijotesca* emprendida, en su día, por la Jurisprudencia menor es más que probable que admita la nulidad de dicha cláusula por no superar el control de inclusión por falta de información en la fase precontractual de la contratación [*ex arts. 5.5 y 7 1 b) LCGC*], tal y como en una hipótesis idéntica admiten las Audiencias de Valladolid (SAP Valladolid, Sección 3.^a, 9 de marzo de 2016 que declarara la nulidad de la cláusula suelo concertada por el representante legal, administrador único y avalista de la mercantil) y Soria (SAP Soria, Sección 1.^a, 18 de febrero de 2016, en virtud de la cual anular la cláusula suelo por defecto de inclusión (que no de transparencia) superando, con mayor acierto, la tesis de considerar que en estas hipótesis los/as empresarios/as son consumidores/as (cosa que, hoy por hoy no son), tal y como vienen defendiendo SAP Vizcaya, Sección 4.^o, de 1 de diciembre y 24 de marzo de 2015, SAP Girona, Sección 1.^o, de 16 de marzo de 2015, la SAP Albacete, Sección 1.^o, de 13 de marzo de 2015 y la SAP Vizcaya, Sección 4.^o, de 1 de diciembre de 2015 (expresándose en contra del criterio sostenido, en su día, las SSAP Córdoba, Sección 1.^a, 21 y 31 de octubre y 17 de julio, SAP Jaén, Sección 1.^a, 27 de marzo, 10 de julio y la SAP Huelva, Sección 3.^a, 21 de marzo de 2014—. Respecto al préstamo hipotecario (a) concertado por el adherente-consumidor/a, será de aplicación la nulidad de la cláusula suelo por aplicación de la doctrina judicial reiterada que sobre el control de transparencia de la cláusula suelo viene dictando el Tribunal Supremo tras la STS, Sala 1.^a

(pleno) 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 24 y 25 de marzo de 2015.

Mientras permanecemos a la espera de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunido en pleno, entre en el fondo del asunto de esta importante cuestión relativa a la contratación bancaria seriada/estandarizada entre empresarios/as, e impacientes de leer la argumentación legal y judicial del fallo (que mucho nos tememos que se expresará en contra —ojalá nos equivoquemos—) y del (esperado) voto particular¹⁵.

2. ¡Un curioso paralelismo científico-químico con el Control de Transparencia entre empresarios (Pymes)! De la ley de Beer-Lambert-Bouguer y al control de transparencia entre empresarios (Control de Transparencia entre Empresarios [CTE] o Control de Transparencia en la contratación con PYMES) de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, BARRAL VIÑALS, CÁMARA LAPUENTE, ORDUÑA MORENO y SÁNCHEZ MARTÍN, SERRANO NICOLÁS y SÁNCHEZ GARCÍA.

En óptica, la ley de Beer-Lambert-Bouguer, también conocida como ley de Beer o Ley de Lambert o ley de Bouguer es una relación empírica que relaciona la absorción de luz con las propiedades del material atravesado. Partiendo, si se nos permite el paralelismo de que la luz (es el control de transparencia) y el material atravesado es la contratación seriada con consumidores y entre empresarios, prosigamos.

La ley de Beer fue descubierta independientemente (y de distintas maneras) por científicos europeos en Pierre BOUGUER en 1729, Johann Heinrich LAMBERT en 1760 y August BEER en 1852. Los tres científicos, llegaron a defender, de manera independiente, la relación que existe entre la intensidad de luz entrante en un medio con la intensidad saliente después de que en dicho medio se produzca la absorción.

Lo que depende para BEER de la concentración en la solución (Por ejemplo, en un vaso de vidrio tenemos agua con azúcar disuelta y en otro vaso tenemos la misma cantidad de agua pero con mayor cantidad de azúcar en solución. El detector es una celda fotoeléctrica, y lo que se mide es la concentración de la solución de azúcar. Según esta ley, de Beer, si hiciéramos que un rayo de luz atravesara el primer vaso, la cantidad de luz que saldría del otro lado sería mayor que si repitiéramos esto en el segundo, ya que en este último las ondas electromagnéticas chocan contra un mayor número de átomos o/y moléculas y son absorbidos por estos. La Ley de Beer afirma que la cantidad de luz absorbida por un cuerpo depende de la concentración en la solución mientras que para la Ley de Lambert de la distancia recorrida por la luz, mientras que la Ley de Bouguer (también conocida como ley de Lambert Bouguer y Beer), se trataría de combinar

la distancia y la concentración (elementos esenciales de lo que se hace depender la absorción de la luz de las dos leyes anteriormente citadas).

Tratando de extrapolar lo sucedido con esta Ley y estudio y la reflexión que sobre la contratación entre empresarios/as venimos acometiendo parte de la doctrina y los operadores jurídicos bien podríamos aludir a la siguiente ecuación: «de La ley de BEER-LAMBER-BOUGUER y al control de transparencia entre empresarios (CTE o CTPymes) de SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA-BARRAL VIÑALS¹⁶, ORDUÑA MORENO y SÁNCHEZ MARTÍN¹⁷ y SERRANO NICOLÁS y SÁNCHEZ GARCÍA^{18, 19}». Porque todos nosotros, desde distintos ámbitos (académico, judicial, notarial, abogados) venimos defendiendo esta tesis que cada día cuenta con más adeptos.

Es imprescindible, pues, la reflexión y el debate académico-científico²⁰ sobre el control en la contratación entre empresarios/as. Un debate que cuenta con firmes defensores (CÁMARA LAPUENTE²¹) y detractores (CARRASCO PE-RERA²²) lo que evidencia que es un tema sobre el que hay que debatir y reflexionar para lograr aclarar cuáles son los remedios (acciones, medios de tutela)²³ de que dispone el/la adherente (consumidor o no) frente al predisponente (entidad financiera) en la contratación seriada (estandarizada) entre empresarios/as.

II. OPACIDADES EN EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO EN PYMES Y AUTÓNOMOS/AS

1. INTRODUCCIÓN Y ACLARACIÓN: LOS CONTROLES DE INCORPORACIÓN, TRANSPARENCIA Y CONTENIDO EN LA DE LEY CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN LA QUE PARTICIPAN ADHERENTES: CONSUMIDORES O NO

Tradicionalmente se ha venido defendiendo en España que (1) el control de incorporación y el de contenido²⁴ son dos controles distintos a los que alude la LCGC dirigida a reglamentar la contratación seriada, con condiciones generales, en la que interviene el adherente sea o no consumidor/a. También se ha defendido, con acierto a nuestro modo de ver, que (2) «Donde no debe haber control de contenido (cosa que sucede, tal y como indica el Supremo en la STS, Sala Primera, (Pleno) de 9 de mayo de 2013, en las cláusulas predisuestas relativas a las cláusulas suelo mayor debe ser la exigencia del control de inclusión y, por ende, también mayor protagonismo e importancia adquiere el (doble) filtro de transparencia al que alude el Supremo²⁵. Pero además, (3) la importancia del control judicial, objetivo prioritario de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando el resto de controles preventivos, (1) bancario, (2) notarial y (3) registral, han fallado, está fuera de toda duda.

Conscientes, pues (1) de la importancia, creciente, del control *ex ante* a cargo de las entidades financieras, de los notarios y registradores de la propiedad y, (2) de que hoy por hoy los/as empresarios/as están desatendidos incluso a nivel legal — tengamos en cuenta que la Ley de protección de deudores hipotecarios centra su atención en el/la consumidor/a y en la vivienda habitual, así como también la novedosa causa de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas o de suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria o la participación del deudor en las plusvalías generadas por adjudicación y venta están previstas únicamente para la contratación con consumidores/as y no entre empresarios/as. Y conscientes, también tanto (2) de que el control de transparencia es un control de inclusión cualificado que se residencia en la LCGC y no en el artículo 82 TR-LGDCU (tal y como han indicado, correctamente las SSTS, Sala Primera (segunda plenaria, de 8 de septiembre de 2014) y 2 de diciembre de 2014. Recordemos que la Ley de condiciones generales de la contratación mereció en 1998, fecha en que se publicó la LCGC, una atención específica del legislador que permitiera *frenar los excesos o abusos* en los que el predisponente de las condiciones generales (la entidad financiera) incurría frente al adherente (persona física o jurídica, consumidor, autónomo o pyme). A estas alturas, prácticamente nadie puede poner en duda, tampoco el Supremo, que nos encontramos ante un nuevo modelo de contratación (estandarizada), que se diferencia, claramente, del esquema tradicional del *contrato por negociación* cuya regulación se ha mostrado insuficiente y superada por la doctrina jurisprudencial en general y por la de transparencia, en particular, basada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (y no en el Derecho de Consumo) tal y como se advirtió en la STS, Sala Primera, 18 de junio de 2012 (verdadero germen delimitador del control de transparencia), y se ha matizado en la STS, Sala Primera del TS, en Pleno, 8 de septiembre de 2014, y 2 de diciembre de 2014 según la cual, «...aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva 1993, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante puede ser objeto del control por la vía de inclusión y de transparencia (arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.1 a) LGDCU»²⁶. Tras esta matización se corrigen, en parte, los excesos cometidos, a nuestro juicio, por la STS, Sala Primera (en pleno) de 9 de mayo de 2013, al conectar el control de transparencia con el juicio de abusividad guiado por el hecho, quizás, de que se trataba de cláusulas suelo insertas en contratos con consumidores/as.

Somos conscientes, además, que el debate, a favor y en contra del control de inclusión, transparencia y contenido propio de la contratación con consumidores/as (aceptados unánimemente²⁷) pero con mayores titubeos en la contratación por empresarios — un control discutible para muchos, pero para otros no²⁸. Se siga una u otra tesis²⁹, lo cierto es que los controles de incorporación, transparencia y contenido deben ser informados, interpretados y aplicados en

virtud de los (1) *principios de buena fe contractual (ex art. 1258 del Código Civil)*^{30, 31}—que constituye el eje sobre el que pivota el principio de orden público económico—, (2) el *principio de equivalencia o justo equilibrio entre las prestaciones*—que supone una proyección de la directriz de conmutatividad del comercio jurídico el eje sobre el que pivota el principio del orden público económico—, y (3) el *principio de conservación del contrato*—principios que, tal y como ha advertido el magistrado del Supremo y Catedrático de Derecho Civil (ORDUÑA MORENO)³² modernamente ya no actúan como meros «criterios interpretativos» del contrato (lo que sucedía tradicionalmente en la contratación entre particulares pensada y prevista en el Código Civil en el que predomina la contratación por negociación y en el que se pone el énfasis a la existencia o no del consentimiento por parte del contratante), sino como «criterios valorativos» a los efectos de determinar la justicia contractual de la condición predispuesta a los efectos de que pueda operar su eficacia obligacional entre las partes o no.

Analicemos, pues, cuál es la postura del Supremo y la jurisprudencia menor, en torno a proteger en mayor o menor medida a los adherentes consumidores o no. Comprobemos que sobre este tema surgen dudas y nuevos debates que hacen patente que son muchas, aún, las opacidades que se ciernen en torno a un control que debe ser transparente si lo que pretende es regular una contratación, seriada, en la que el consentimiento de adherente pasa a un segundo plano frente a los deberes especiales del predisponente que se encuentra en el otro lado de la relación contractual. Y es que, hasta hace relativamente poco tiempo, el control de transparencia al que alude el Supremo y al que se han acogido numerosas sentencias del Supremo y Audiencias, resultaba de aplicación a «todo/a consumidor/a», con independencia de su formación, experiencia, cualificación profesional y demás condiciones personales. Desde entonces, una gran mayoría de jueces y magistrados, también de doctrina, venía interpretado que el control de transparencia debía ser exigido y aplicado con total independencia del conocimiento y formación de los prestatarios en base a dos argumentos. Nos preguntaremos si esta visión está cambiando y si, de futuro, cambiará tal y como propone alguna jurisprudencia menor dispuesta a extender, otras veces no, el control de transparencia a consumidores con formación y cualificación profesional. También nos cuestionaremos, a continuación, si dicho control resulta de aplicación a las microempresas, los pequeños y medianos empresarios y a los autónomos tomando en cuenta la batalla quiijotesca que en su favor ha emprendido la jurisprudencia menor.

2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN SERIADA CON ADHERENTES: CONSUMIDORES, PYMES Y AUTÓNOMOS/AS

Desde que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, ha asumido la doctrina jurisprudencial europea sobre transparencia (SSTJUE de 13 de marzo y

21 de marzo de 2013, 30 de abril de 2014, 26 de febrero de 2015 y 15 de enero de 2015)— reformulado esta doctrina jurisprudencial dictando, en Pleno por la Sala Primera sentencia de 9 de mayo de 2013³³, en virtud de la cual asumió la doctrina ya sentada por la STS, Sala Primera, 18 de junio de 2012³⁴ —sentencia que constituyó, en su día, el verdadero germen del control de transparencia en la contratación seriada pero que no causó tanto revuelo mediático³⁵—; numerosas han sido las ocasiones en las que, el Supremo reunido en Pleno ha refrendado, matizado y configurado (en parte) el régimen jurídico aplicable al control de transparencia tal y como ha hecho, entre otras en las SSTS, Sala Primera, 8 de septiembre de 2014 (segunda plenaria³⁶), 24 y 25 de marzo³⁷ (tercera³⁸ y cuarta plenaria)^{39, 40} —relativa a la eficacia prospectiva de la declaración de nulidad de la cláusula suelo hasta la fecha de 9 de mayo de 2013 y que hoy se encuentran a la espera de la decisión por parte del TJUE de ocho cuestiones prejudiciales planteadas sobre el particular por distintos juzgados entre los que se encuentra el de nuestra ciudad (el primero que suscitó sus dudas sobre el particular). Tal y como se afirma del voto particular que acompaña a la STS, Sala Primera, 8 septiembre 2014 (segunda plenaria) resumiendo, con claridad, la doctrina del TS sobre el particular, el control de transparencia supone a la postre la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario a partir de la información que aquél le proporcionó.

Tras esta doctrina jurisprudencial corroborada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo (entre otras, en las SSTS, Sala Primera, 11 y 12 de marzo de 2014, 15 y 21 de abril de 2014^{41, 42}, 26 de mayo de 2014, 12 de septiembre de 2014, 22 de octubre de 2014, 3 de noviembre de 2014, 2 de diciembre de 2014⁴³, 11 de febrero de 2015, y 24⁴⁴, 29 y 30 de abril de 2015, 23 de diciembre de 2015⁴⁵ y, en la actualidad, por numerosísimas Audiencias Provinciales⁴⁶), sabemos, con claridad (transparencia) que, las cláusulas suelo, incluidas en la contratación con consumidores, también en la contratación entre empresarios/as: (1) son lícitas, válidas y legales (*per se*), (2) definen el objeto principal del contrato, porque forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario permitiendo conocer el reparto de riesgos (precio y contraprestación) y, que como tales, no pueden ser examinadas por su abusividad porque respecto de ellas no cabe un control judicial de contenido salvo cuando no superen un doble filtro de transparencia —un control de incorporación y un reforzado y específico control de transparencia—, (3) cuya validez y eficacia descansa, fundamentalmente, en la asunción (imposición) por parte del predisponente de una serie de «especiales deberes de información en la fase precontractual» que configuran el negocio jurídico en serie o estandarizado de cuya incorporación, transparencia (comprensión no solo formal sino real) y contenido depende en última instancia la *eficacia*, nulidad o no, de la cláusula predispuesta.

1. Lícitas⁴⁷ y válidas en sí mismas (*per se*) —y por tanto, legales (premisa sobre la que insiste el propio Banco de España en su informe de 27 de abril de 2010⁴⁸—).

2. Definen el objeto principal del contrato, porque forman parte inescindible del precio que debe pagar el prestatario permitiendo conocer el reparto de riesgos (precio y contraprestación) y, que como tales, no pueden ser examinadas por su abusividad porque respecto de ellas no cabe un control judicial de contenido (control de precios) (art. 4.2 Directiva 93/13/CEE) salvo que no superen el doble filtro de transparencia; hipótesis en cuyo caso, y tratándose de consumidores el Supremo parte de presumir automáticamente su abusividad y consiguiente nulidad, siempre que superen el doble filtro de transparencia establecido por la STS de 9 de mayo de 2013, según el cual:

- a) el (*primer*) control de incorporación, al que se refiere la STS de 23 de diciembre de 2015 que atiende a una mera transparencia documental o gramatical de la cláusula, establecido por los requisitos de transparencia de la LCGC, dirigido a garantizar que el adherente haya conocido —o al menos ha podido conocer— que el contrato contiene una cláusula de limitación a la variabilidad de los tipos de interés; control que atiende a la transparencia documental y gramatical de la cláusula y,
- b) el (*segundo*) control reforzado o específico de transparencia para los elementos esenciales del contrato, dirigido a la comprensibilidad real del contrato de la carga económica del contrato conforme determina la STS, Sala Primera, 9 de mayo de 2013 y se infiere de las SSTJUE, 30 de abril de 2014 (apartado 73) y 21 marzo 2013 (apartado 49), que garantiza que, al tiempo de celebrarse el contrato, el consumidor conocía las consecuencias económicas y jurídicas que conlleva la inclusión de dicha cláusula en el contrato y que se encontraba en condiciones de comparar y elegir entre distintas alternativas de préstamo hipotecario que incluyeran —o no— dicha cláusula en cuestión y conociera también la distribución de riesgos propia del contrato.

3. La validez y eficacia de este nuevo modo de contratar descansa, fundamentalmente, en la asunción (imposición) por parte del predisponente de una serie de «especiales deberes» que configuran el negocio de cuya incorporación, transparencia (comprensión no solo formal sino real) y contenido depende en última instancia la *eficacia*, nulidad o no, de la cláusula predispuesta. La particularidad de este tipo de contratación radica en el hecho de que pasa a un segundo plano el consentimiento real del adherente porque se parte del hecho de que en este tipo de contratación existe un claro desequilibrio o predominio de la situación del predisponente sobre la del adherente, sea o no consumidor. Un desequilibrio o predominio inversamente proporcional al tamaño de la empresa con quien la

entidad financiera contrate; lo que significa que a menor tamaño las reglas de esta nueva forma de contratar se aproximan a la normativa de condiciones generales o de consumo (hipótesis en que resulta imprescindible que el adherente sea considerado consumidor) y viceversa, a mayor tamaño de la empresa adquiere mayor protagonismo el consentimiento real y la capacidad de negociación de la cláusula predispuesta porque se iguala el equilibrio de fuerzas propio de una contratación por negociación entre iguales (particulares o empresarios/as). La abusividad no obedece al hecho de que no exista cláusula techo o porque exista desproporción entre el suelo o el techo sino por el hecho de no ser transparentes y ser el adherente un/a consumidor/a, tal y como matiza, con buen criterio, la STS de 29 de abril de 2015 (con cita de la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014), no es preciso que exista un equilibrio económico entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo. Es más, las cláusulas suelo son lícitas aunque no coexistan con cláusulas techo, puesto que forman parte del precio del contrato y corresponde a la iniciativa empresarial decidir el interés al que presta el dinero. En este sentido, advierte la STS de 9 de mayo de 2013 que (...) la transparencia garantiza que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte y, además, garantiza la adecuada elección del consumidor en aquello cuya determinación se confía al mercado y la competencia, lo que supone que, más allá de la mera exigencia de claridad en la redacción de las cláusulas, se pretende asegurar que el consumidor tenga una *posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto*.

4. Las cláusulas suelo pueden y deben ser controladas judicialmente, de oficio o a instancia de parte, al amparo de una acción individual o colectiva —tal y como, recientemente, ha recordado la STJUE de 14 de abril de 2016⁴⁹ y la SJMerc Madrid, núm. 11, de 7 de abril de 2016 (a favor de ADICAE), en virtud de las cuales se recuerda que el control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en consideración lo que puede entenderse como un consumidor medio (apartados 148, 152 y 253 de la STS de 9 de mayo de 2013) y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa (apartados 148 y 157 de dicha sentencia)⁵⁰—. Negar la posibilidad de un control abstracto obligaría a cada consumidor/a a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva; lo que supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1). La posibilidad de tal control abstracto se justifica por la existencia de condiciones generales de la contratación empleadas en una pluralidad de contratos y en la utilización por la predisponente de pautas estandarizadas en la contratación de estos préstamos, propias de la contratación en masa.

Hasta la fecha, cada día son más las Audiencias Provinciales que siguiendo la inercia y sugerencias del control de transparencia de la cláusula suelo del

Tribunal Supremo vienen concediendo la nulidad por falta de transparencia en el caso de la contratación con consumidores (entre otras, las SSAP Ourense, Sección 1.º, 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 344); SAP Burgos, 28 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 3.ª, 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1331); SAP Burgos, 28 de mayo de 2015; SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389); SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389); SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210); SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210); SAP Burgos, 28 de mayo de 2015; SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389); SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). SAP León, 2 de mayo de 2015; SAP Salamanca, 19 de mayo de 2015; SAP Salamanca, 15 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 15 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1347); SAP Barcelona, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3211); SAP Valladolid de 11 de mayo de 2015; SAP Burgos, Sección 3.º, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 374); SAP Guadalajara, Sección 1.º, 12 de mayo de 2015; SAP Albacete, Sección 1.º, 6 de mayo de 2015; SAP Asturias (Oviedo), Sección 5.ª, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1288); SAP Asturias, Sección 6.º, 18 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Barcelona, Sección 15.ª, 20 de mayo de 2015; SAP Coruña, Sección 4.ª, 15 de mayo de 2015; SAP Barcelona, Sección 15.ª, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210); SAP de Valladolid, Sección 3.º, 16 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 58)⁵¹.

Lo cierto es que, cada día son más las Audiencias Provinciales que llegan a la conclusión de que las cláusulas suelo analizadas son transparentes por considerar que hubo (1) información suficiente por el predisponente (la entidad financiera), (2) porque se subrogó en un préstamo hipotecario y por tanto era el vendedor el obligado a ofrecer dicha información, (3) o por el carácter empresario/a del adherente —una cuestión que trataremos con la suficiente profundidad más adelante.

1. En efecto, cada día son más las Audiencias Provinciales que concluyen que el predisponente fue suficientemente *informado* sobre la existencia, contenido y alcance de la cláusula-suelo porque: (a) o bien, se trataba de una «redacción clara, concreta y sencilla» de la cláusula, «al fijar un tipo mínimo del 3% al interés variable y un tipo máximo» por tanto, «el ámbito de fluctuación del interés se consigna pues con nitidez», (b) o bien, la estipulación estaba subrayada por lo que se puede considerar que su función aparece destacada, (c) o bien, porque se podía deducir que el contratante tuvo oportunidad real de conocer la estipulación antes de celebrar el contrato, bajo presunción de veracidad del notario autorizante de la escritura quien hace constar que dio lectura de su redactado al contratante, carente de complejidad u oscuridad en

el extremo contemplado (en este sentido se expresan, las SAP Barcelona, Secc. 15.^a, 17 de mayo y 28 de abril de 2016 y la SAP Asturias de 1 de diciembre de 2015). Algunas Audiencias aluden al hecho de que (i) del contenido de la escritura se advierte con claridad que hubo suficiente información, (ii) o que dos o tres años después de la celebración del contrato, las partes hubieran llegado a un acuerdo novatorio por el que reducían el suelo (en este sentido, SAP Valladolid, Sección 3.^a, 11 de mayo de 2015, SAP Asturias de 19, 20 y 25 de mayo de 2015, SAP Coruña, Sección 4.^a, de 20 de mayo de 2015 y el Auto de la AP Sevilla, Sección 5.^a, 15 de diciembre de 2015). En particular, en el Auto de la AP Zaragoza, Sección 5.^a, 19 de noviembre de 2014 se concluye «no puede hablarse de falta de transparencia y de claridad cuando el sencillo documento aportado que era la propuesta vinculante realizada en forma, que luego ciertamente fue desarrollada en forma poco clara por la escritura de préstamo hipotecario, fija los límites —tipo de interés máximo y mínimo— del préstamo de interés variable». De hecho, suele ser un criterio relevante analizar si la celebración del contrato —y su documentación en la escritura pública— se realizó tras una fase precontractual en la que el banco hubiera facilitado o no los términos esenciales del préstamo de forma resumida e individualizada incluyendo —o no— la cláusula-suelo en dicha oferta.

2. Otras, argumentan que los *prestatarios se subrogaron en la escritura de constitución del préstamo* hipotecario que el promotor concertó con la entidad, hipótesis en las que la jurisprudencia menor está dividida en torno a determinar a quien corresponde el deber de información si a la mercantil promotora/vendedora o a la entidad financiera⁵² (en este sentido, *vid.*, entre otras, la SAP Salamanca, Sección 1.^a, 19 de mayo de 2015; SAP Cáceres, Sección 1.^a, 3 y 7 de julio de 2014; SAP Jaén, Sección 1.^a, 14 de mayo de 2014; SAP Gerona, Sección 1.^a, 2 de octubre de 2014)⁵³.

3. Las hay, incluso, que aluden a que el adherente no era consumidor/a sino empresario/a, oponiéndose, por tanto, a extender respecto de él la normativa de condiciones generales de la contratación y la de consumidores y usuarios. En este sentido, entre otras, la SAP Vizcaya, Sección 1.^a, 1 de diciembre de 2015, SAP Girona, Sección 1.^a, 16 de marzo de 2015, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 29 de noviembre de 2013 —una «opacidad» más que plantea el control de transparencia judicial analizado desde el punto de vista del ámbito subjetivo al que pasamos a dedicar nuestra atención a continuación.

2.1. LA IMPORTANCIA CRECIENTE DEL CONTROL BANCARIO, NOTARIAL Y REGISTRAL EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Uno de los objetivos pretendidos de la Directiva 2014/17/UE, sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso

residencial es potenciar no solo la educación financiera (imprescindible no solo cuando el adherente es consumidor/a sino, también, cuando es empresario/a) sino, además, el control *ex ante* del clausulado de la escritura de hipoteca, enfocado a la información del consumidor y garantía de la seguridad jurídica preventiva. Centrando nuestra atención en esta última cuestión y convencidos de que de lograrse no solo ahorraría un importante número de litigios antes los tribunales, sino, además y fundamentalmente, evidenciaría la concienciación en los operadores jurídicos de la necesidad de controlar la posible nulidad o abusividad del clausulado de los préstamos hipotecarios o productos financieros complejos, tal y como se ha advertido «en ciertos preceptos orientados a la información y prácticas previas a la celebración del contrato de crédito, como es el artículo 13, relativo a la información general y contenido mínimo del contrato; o el artículo, relativo a la información precontractual»⁵⁴, que se hará constar en la *Ficha Europea de Información Normalizada* (en adelante, FEIN)^{55, 56}... «la FEIN ha de ser clara y comprensible, a fin de superar el control de contenido y ser transparente, luego no se trata de una oferta propiamente dicha con cuya aceptación queda perfeccionado el contrato»⁵⁷. Conscientes, sin embargo, de que los avances obtenidos, hasta la fecha, centran su atención, fundamentalmente en la figura del adherente consumidor/a y no en la del adherente empresario/a, veamos cuáles han sido, hasta la fecha, los pasos acertados o no en la dirección de darle importancia a este tipo de control de legalidad convencidos de que de las entidades financieras, de los/as notarios y registradores/as de la propiedad (también de la educación financiera) depende, en última instancia reconducir la función judicial a aquellas hipótesis en que, en realidad, operando los filtros preventivos hallan fallado (objetivo final, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación).

1. El «primer filtro de transparencia» que debe operar, ha de producirse en la entidad financiera llamada a cumplimentar la normativa bancaria sobre transparencia prevista en la OM de 5 de mayo de 1994 y en la Orden de 28 de octubre de 2011 —*ex* artículo 25— dirigidas a eliminar el efecto sorpresa del préstamo hipotecario. Tampoco con la entrega de la oferta vinculante y el cumplimiento de los demás requisitos previstos en la normativa administrativa sobre transparencia bancaria, puesto que la OM de 5 de mayo de 1994 establece unos deberes informativos extremadamente básicos que, en la práctica, se solventan con la entrega de la oferta vinculante y en la advertencia de la inclusión de la cláusula por parte del notario en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario, momento inidóneo para que el adherente se replantee su decisión de contratar. El TJUE en sus sentencias de 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013, la situación de desigualdad del cliente frente a la entidad bancaria, desigualdad que se produce no solo en la contratación con consumidores, sino también entre empresarios cuando intervienen microempresas, pymes y autónomos/as exige que la entidad financiera proporcione una información

clara y detallada al cliente del contenido del contrato, a fin de que comprenda lo que está firmando y sea consciente de las posibles consecuencias que se deriven del mismo, evitándole futuras consecuencias perjudiciales. En orden a reforzar los deberes de información exigidos en la citada OM son insuficientes al efecto eliminar el mencionado efecto sorpresa de este tipo de cláusulas (aparece corroborado por la normativa posterior que ha reforzado extraordinariamente el deber de transparencia) se modificó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, requiriendo la inclusión en el contrato, junto a la firma del cliente, de una expresión manuscrita en la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato, en el caso de que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las cláusulas suelo y techo y 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, exige la inclusión de los límites a la variabilidad del tipo de interés en la ficha europea de información normalizada (FEIN).

2. El «segundo filtro de transparencia» se debe producir en el momento en el que se redacta y suscribe la escritura pública a cargo del control notarial al que alude, recientemente, la STJUE, Sala Primera, 1 de octubre de 2015⁵⁸. El papel del notario en la contratación hipotecaria debe ser llevar a cabo un control preventivo de la escritura de hipoteca, basado en la información clara y concreta al/la consumidor/a del contenido del contrato y de las consecuencias que puede implicar su aplicación, y ello antes de su firma. Ahora bien, consideramos que no debe interpretarse esta idea en el sentido de atribuir al notario la competencia para declarar la abusividad de una cláusula, tal y como han criticado algunos autores expertos en la materia, pues se trata de una competencia propia de la vía judicial, sino que, en el supuesto de que el notario considere que una cláusula puede ser abusiva, debe ponerlo en conocimiento e informar a las partes de tal situación, y comprobar que el contrato no contiene cláusulas declaradas nulas con anterioridad en sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, RCGC)⁵⁹. Recientemente, sin embargo, el Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, en sentencia de 7 de marzo de 2016, ha declarado que los notarios no son competentes para anular préstamos hipotecarios (rechazado el recurso interpuesto y ha anulado el artículo 30.3 y 4 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios por falta de habilitación legal para regular la competencia del control de legalidad de los notarios). A la vista de lo sucedido, el propio Consejo del Notariado espera que el futuro Gobierno incluya el control de legalidad del notario en el texto de una ley, «puesto que esta era la voluntad del legislador cuando la incluyó en la normativa». En este sentido, habrá que analizar si tras la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, de

2 de julio (DF 11.^a), entre las causas de suspensión del procedimiento de venta extrajudicial, ante notario, por nulidad de las cláusulas suelo, a tenor del artículo 76.3 de la Ley del Notariado de 1862 —un precepto que alude como causas de oposición en la venta extrajudicial al carácter abusivo o no transparente de alguna de las cláusulas que constituya el fundamento de la venta extrajudicial o hubiera determinado la cantidad exigible y que ha sido modificado por dicha ley— constituye o no, en parte, una elevación a rango legal del control preventivo de transparencia de creación jurisprudencial⁶⁰.

3. El «tercer filtro de transparencia» que debe llevarse a cabo corre a cargo de los registradores de la propiedad dado el carácter constitutivo de la hipoteca y puesto que corresponde a ellos (*ex arts.* 51 CE y 18 LH) encargase de impedir la inscripción de una cláusula abusiva que una vez inscrita obtenga fuerza ejecutiva del artículo 130 de la LH mediante el control de legalidad, un control *ex ante* efectivo de los intereses del consumidor. Tal y como, en su día establecieron las SSTJUE de 27 de junio de 2000 y la de 14 de junio de 2012, «la nulidad de una cláusula abusiva no tiene que ser necesariamente declarada en vía judicial»⁶¹, ya que el registrador puede rechazar la inscripción de una cláusula, siempre que su nulidad haya sido declarada mediante sentencia judicial firme. El espaldarazo, a favor de este control preventivo, recibido por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras en las resoluciones de 4 de febrero y 22 de enero de 2015, 3 de octubre y 5 de febrero de 2014 y 13 de septiembre de 2013 avalando y animando a los registradores, de toda España, a que filtren, de oficio, las cláusulas abusivas antes de su inscripción supone una apuesta decidida por este control de legalidad dirigido a comprobar que el consumidor conoce y entiende las consecuencias jurídicas y económicas que resulten del producto o servicio, luego «se trata de un control excluido del ámbito del contrato por negociación», debiendo notarios y registradores evaluar el cumplimiento de los requisitos de información precontractual establecidos, pues la protección del consumidor alcanza a la totalidad del proceso de contratación, y se inicia con la puesta a su disposición de la información suficiente del contenido del negocio jurídico⁶².

Nos sumamos, pues a las propuesta doctrinales de quienes consideran que hay que potenciar los cauces de control preventivo existentes, y crear otros nuevos, «ampliando las facultad de notarios y registradores»⁶³, o bien que la «Administración Pública se encargue de revisar periódicamente la denominada “lista negra” de cláusulas abusivas, retomando así la propuesta de la Conferencia Sectorial de Consumo de 1999, consistente en la elaboración de estudios e informes sobre cláusulas abusivas, invitando así al predisponente a su eliminación voluntaria del negocio jurídico, o bien mediante el ejercicio de acciones judiciales en caso contrario, pudiendo intervenir en este procedimiento el notario de oficio, quien se encargaría de denegar la autorización de este tipo de cláusulas, evitando de este modo su incorporación al contrato»⁶⁴, o bien que se cree una

auténtica Comisión de cláusulas abusivas⁶⁵, cuestión planteada por la Comisión Europea en 2008, mediante la Propuesta de Directiva sobre protección de consumidores, donde sugería la creación de un Comité sobre Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁶⁶.

2.2. EL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN SERIADA (ESTANDARIZADA) CON CONSUMIDORES/AS. LA FORMACIÓN O CUALIFICACIÓN DE LOS PRESTATARIOS. ¡UN NUEVO DEBATE SURGIDO EN LA JURISPRUDENCIA MENOR!

Hasta que se dictó la STS de 9 de mayo de 2013, el control de transparencia al que se han acogido numerosas sentencias del Supremo y de Audiencias, resultaba de aplicación a «todo consumidor/a», con independencia de su formación, experiencia, cualificación profesional y demás condiciones personales⁶⁷. En este sentido, una gran mayoría de jueces y magistrados, también de doctrina, venía interpretado que el control de transparencia debía ser exigido y aplicado *con total independencia del conocimiento y formación de los prestatarios en base a dos argumentos, fundamentalmente*: (a) que el préstamo hipotecario fue suscrito por el demandante en su condición de consumidor, en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional; (b) que su condición profesional o los conocimientos que pudiera tener el consumidor no excluyen los estándares de transparencia e información que pesan sobre la entidad bancaria demandada. De hecho y la gran mayoría de tribunales inferiores se muestran partidarios de sostener la falta de transparencia incluso en el caso de que el adherente fuera: (a) una *magistrada* en ejercicio (supuesto al que alude la SJMer, núm. 1 de Valladolid, 6 de junio de 2014, SAP Jaén, Sección 1.ª, 27 de marzo de 2014) o, (b) un *licenciado en derecho y abogado* en ejercicio, (supuesto al que alude la SAP Cáceres, Sección 1.ª, 7 de julio de 2014, en virtud de la cual se advierte que el hecho de que el demandante sea licenciado en derecho y abogado en ejercicio «no empaña en absoluto» la estimación de la demanda de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia). Tomar en consideración que el control de transparencia debía de ser aplicado a todo «consumidor/a medio» a la luz de las circunstancias concretas del caso (criterio objetivo) y no en atención a la comprensión por el concreto consumidor/a afectado/a (criterio subjetivo) ha sido la postura del TJUE (en SSTJUE 26 de febrero de 2015 y 24 de abril de 2014) y del propio Supremo (en SSTS de 24 de marzo de 2015 y el voto particular de Ignacio SANCHO GALLARDO interpuesto a la STS de 8 de septiembre de 2014). Sin embargo, un nuevo debate está surgiendo en la jurisprudencia menor dispuesta, según parece, a dar giro en esta cuestión reaccionado en contra de esta postura y mostrándose partidaria de sostener que la «cualificación profesional de los/as demandantes» ha de ser un criterio auxiliar del juez para denegar o no la falta de transparencia de la cláusula suelo.

Hasta la fecha, que conozcamos, son ya varias las ocasiones en las que se ha denegado la falta de transparencia en atención a la cualificación o formación del prestatario como criterio auxiliar a tomar en consideración, denegando el carácter transparente de la cláusula suelo a (1) una abogada y su marido, juez en ejercicio, y (2) una inspectora de consumo.

1. *Una abogada y su marido* (juez) son condenados a pagar las costas judiciales de su demanda en la que pretendía anular la cláusula suelo (criterio subjetivo) en base a considerar que la formación y cualificación de los prestatarios impide alegar la falta de transparencia de la cláusula suelo. En este sentido, la SJMerc, núm. 2, Barcelona de 30 de abril de 2016—, advierte que, «Ambos firmaron un préstamo hipotecario de 240.000 euros con Banco Popular el 5 de octubre de 2006 que incluía una cláusula suelo limitando el tipo de interés mínimo que pagarían durante la vida del contrato en un 2,25%. El 7 de mayo de 2014, los clientes demandaron a la entidad solicitando la nulidad de esta cláusula suelo al considerar que era abusiva y la devolución de las cantidades cobradas de más por la aplicación de esta condición... El texto de la cláusula, concretamente la «tercera bis 4» de la hipoteca, que incluía también un techo, rezaba así: «Las partes acuerdan que, a efectos de obligaciones, el tipo resultante del tipo de interés aplicable, sea este el ordinario o el sustitutivo, no podrá ser inferior al 2,25% nominal anual ni superior al 12,25% nominal anual». La hipoteca, fue contratada «on line», los demandantes recibieron varios correos electrónicos de la entidad y un folleto informativo en los que aparecía «la existencia de un tipo mínimo del 2,25%», tal y como consta en la documentación aportada a la causa por la entidad financiera. Además, añade, en el último mail que les remitió Banco Popular con la oferta vinculante se hacía «especial mención a que revisaran la cláusula suelo en cuestión». A la luz de esta circunstancia, prosigue el juez, uno de los demandados, «magistrado de profesión, reconoció que es posible que conociera la existencia del tipo suelo en su hipoteca y que esta era del 2,25%». «Con este planteamiento», asume el titular del juzgado barcelonés, la aplicación de la legislación de defensa del consumidor y de la referida doctrina del Tribunal Supremo, «no permite la anulación de la citada cláusula» y dice, «No puede dudarse de que los actores conocían la trascendencia del acto y que eran conocedores de la carga económica y jurídica que representaba. Y puede afirmarse también que la entidad bancaria, cumplió con el doble control de transparencia establecido», reza el fallo, fechado el pasado febrero. Su autor asume que la redacción de la cláusula «resulta lo suficientemente clara» y destaca que el propio demandante «reconoce» su existencia.

b) Una *inspectora de Consumo* de la Junta de Castilla y León que poseía estudios superiores y, además, ostentaba el cargo de administradora de una mercantil dedicada precisamente a la compra y venta de inmuebles (supuesto al que se refiere la SAP de Valladolid, Sección 3.^a, 16 de marzo de 2015 revoca

la SJMerc, núm. 1, Valladolid 6 de junio de 2014, advierte, en su FD Segundo, en el que analiza la «personalidad de la prestataria», que, «... la prestataria no es una persona normal con conocimientos medios. Es una profesional que se dedica a la compra y venta de inmuebles. Está directamente relacionada con este medio. Su empresa, de la que es administradora se dedica a esta actividad. Bien las compras las haga para su entidad o para terceros está familiarizada en este ámbito profesional... Siendo ella quien aconseja a sus clientes no podrá aducir ignorancia cuando es ella quien tiene la condición de prestataria en el contrato que analizamos»⁶⁸. También en la SAP Valencia, Sección 9.^a, 10 de marzo de 2015, se confirma que la cláusula suelo supera el control de incorporación por la claridad y transparencia de la cláusula suelo litigiosa, por lo que entra a valorar las circunstancias personales de la parte actora y las concretas circunstancias en las que se llevó a cabo la operación de financiación y concesión del préstamo hipotecario en el que se insertó la cláusula litigiosa, para concluir que atendiendo a las mismas, la parte actora si tuvo pleno conocimiento de su existencia, efectos y consecuencias.

A la luz de esta última y reciente jurisprudencia menor no sabemos bien si se puede confirmar que existe ya un cambio y si, de confirmarse dicho cambio, es o no positivo⁶⁹, si pone o no las cosas en su sitio, o si por el contrario comporta un paso a través en la medida en que el criterio subjetivista debería quedar relegado a los expedientes de error-vicio el consentimiento⁷⁰.

2.3. EL (REDUCIDO) CONTROL ENTRE EMPRESARIOS/AS. POSIBLES REMEDIOS DE QUE DISPONE EL/A ADHERENTE-NO CONSUMIDOR/A PYMES Y AUTÓNOMOS/AS

Estamos convencidos de que el control de transparencia de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato debe residenciarse en la LCGC, como una forma de control de inclusión cualificada, no en el artículo 82 TR-LGDCU⁷¹ tal y como ha aclarado la STS, Sala Primera, de 8 de septiembre de 2014, y de que dicho control tutela y ampara a todo adherente en el que pensó el legislador (esto es la LCGC), sea o no consumidor, sea o no personas físicas o jurídica⁷² porque también estas últimas han sufrido de «tapadillo» —como hemos descrito en otra ocasión⁷³— la falta de información y/o transparencia de la cláusula suelo. En este sentido, y aún conscientes de que los/as empresarios/as (profesionales, autónomos/as y pymes) con la ley en la mano (y la aplicación jurisprudencial unánime que viene haciéndose de la misma) no son consumidores/as, pero sí adherentes⁷⁴ y usuarios de servicios bancarios le son de aplicación la LCGC, la normativa bancaria y, supletoriamente, el Código Civil; una vez se acredite que no superan el control de incorporación y el doble control de transparencia conforme los artículos 5.5, 7.1 b) LCGC, serán nulas las cláusulas que sean contrarias a la Ley, la moral y el orden público

(art. 1255 y art. 6.2 del Código Civil), por contravenir el principio de buena fe contractual (art. 1258 del Código Civil). No resulta, sin embargo, de aplicación, en el caso de que el adherente sea un trabajador autónomo o una Pyme el listado de cláusulas abusivas contenido en el TRLCU aplicable, únicamente, para cuando el contratante es un consumidor —lo que, por otro lado, parece lógico. Veámos, pues cual es la doctrina del Tribunal Supremo y el criterio de las Audiencias Provinciales sobre el particular.

2.2.1. La nulidad del producto financiero complejo a través de la aplicación del error-vicio del consentimiento por deficiente información precontractual (ex art. 1261 del Código Civil)

El Tribunal Supremo en estos últimos años ha dictado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre error-vicio del consentimiento que aplica a la contratación de productos financieros complejos (por ejemplo, preferente, swap, cap/floor) por deficiente información en la fase precontractual (*ex art. 1261 del Código Civil*) sea quien sea el adherente: consumidor/a o no. Son numerosísimas ya las ocasiones en las que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado la nulidad de la cláusula predispuesta compleja contratada en atención al hecho de considerar que han padecido vicio-error en el consentimiento (*ex art. 1261 del Código Civil*).

Las últimas y más recientes sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, sentencias de 19 de mayo y de 22 de abril de 2016, cuyos ponentes son Rafael SARAZA JIMENA e Ignacio SÁNCHEZ GARGALLO (respectivamente). Centrando nuestra atención en la sentencia, de 22 de abril de 2016, la recurrente, una mercantil que solicita en casación la nulidad de la cláusula predispuesta por abusividad de la cláusula, alegando falta de transparencia, gana el recurso frente a la entidad financiera admitiendo el Tribunal Supremo la nulidad de la cláusula (no su abusividad) en base a considerar que hubo vicio del consentimiento de dos contratos de swaps y dos contratos cap/floor (o ganas tú o gano yo) por infracción del artículo 70 quáter⁷⁵ en relación con los artículos 78 y 79 LMV, introducidos en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la expresada Ley que introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/39 CE, sobre Mercados de Instrumentos Financieros (MiFID).

Tal y como advierte el ponente en el Fundamento de Derecho tercero, (1) que dado que la normativa MiFID estaba vigente y era plenamente aplicable en su integridad a los contratos que nos ocupan le lleva a considerar que la mercantil respecto a la entidad financiera (predisponente) ha sufrido un vicio del consentimiento

debido a la falta de información precontractual. Advierte, además, que (2) hay que distinguir, cosa que no hace la Audiencia, la concurrencia, que a su juicio se produce, entre un «interés antagónico» entre las partes con el legítimo «interés comercial» de la entidad de crédito para obtener un lucro. Esta distinción, añade el magistrado, tiene especial importancia porque, si se aprecia la existencia de un interés antagónico, el banco tiene obligación de informar a su cliente de la existencia de dicho interés contrario al de su cliente, con la consecuencia inevitable de que de no hacerlo se produciría, cosa que a su juicio ocurre en este caso, un vicio en el consentimiento por error.

En esta ocasión, el Supremo considera que el interés del banco no es simplemente un interés comercial sino un interés antagónico; «la banca gana sólo cuando pierde el cliente y el cliente gana solo cuando pierda la banca». En este sentido, concluye, «Al ser antagónicos los intereses de los firmantes del contrato y al no haberse informado de esa circunstancia a los clientes, la entidad financiera ha infringido lo dispuesto en el artículo 70 quáter LMV, lo que afecta a la posibilidad que tenían de prestar un consentimiento libre e informado como pleno conocedor del contenido de los contratos suscritos».

Esta doctrina jurisprudencial que viene consolidando la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 327) —referida a la contratación de un seguro de vida que era, en realidad, un *producto financiero complejo* de riesgo tal y como había sucedido con anterioridad— 7 de enero de 2015; 16 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 489), 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4237), 18 de abril de 2013, dictada en Pleno, (*RJ* 2013, 3387)⁷⁶. También, en otras ocasiones, el Supremo ha aludido a la distinción entre cliente minorista (no inversor profesional), la imputabilidad de la entidad en el error-viceo del consentimiento padecido por la entidad (mercantil) en contra de la buena fe (*ex art. 7*) y al incumplimiento de la normativa MIFID, se llega a la misma conclusión declarando la nulidad por vicio de consentimiento, tal y como se aprecia, entre otras, en las STS, Sala Primera, 19 de mayo de 2016 (FD Quinto) remitiéndose a lo dicho en la STS de 16 de diciembre de 2015 según la cual: «El deber de información no cabe entenderlo suplido por el propio contenido del contrato de swap, como entiende la Audiencia. Como ya hemos recordado en otras ocasiones, “[I]a mera lectura del documento resulta insuficiente y es precisa una actividad del banco para explicar con claridad cómo se realizan las liquidaciones y los concretos riesgos en que pudiera incurrir el cliente, como son los que luego se actualizaron con las liquidaciones desproporcionadamente negativas”». Además, y remitiéndose a las 244/2013, de 18 de abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015, advierte que «la obligación de información que establece la normativa

legal del mercado de valores es una obligación activa, no de mera disponibilidad, por lo que tampoco pueden considerarse correctas las afirmaciones de la sentencia respecto de que el cliente pudo pedir las aclaraciones precisas y que el error es inexcusable puesto que firmó sin comprender el contrato. Es la empresa de servicios de inversión la que tiene obligación de facilitar la información que le impone dicha normativa legal, y no son sus clientes no profesionales del mercado financiero y de inversión quienes deben averiguar las cuestiones relevantes en materia de inversión y formular las correspondientes preguntas. Sin conocimientos expertos en el mercado de valores, el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional. El cliente debe poder confiar en que la entidad de servicios de inversión que le asesora no está omitiendo información sobre ninguna cuestión relevante y pese a no entender la compleja descripción del producto financiero contratado, podía confiar legítimamente que se trataba del producto que le interesaba, que le cubriera frente a las subidas de los tipos de interés y que no implicara riesgos de los que no hubiera sido informado adecuadamente». También en la STS, Sala Primera, 26 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 953), 12 de enero de 2015 (en Pleno) (*RJ* 2015, 608), 10 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5304), 7 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4313), 8 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4315), 20 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 781).

Queda por saber si en el futuro será esta la argumentación legal que ofrecerá el Tribunal Supremo a la hora de estimar o no la acción de nulidad por defecto de transparencia en el caso de que el recurrente sea un adherente no sea consumidor sino un/a empresario/a: autónomo, pyme o microempresa. Una alegación, que a nuestro juicio, no es la más idónea tratándose de condiciones generales predispuestas en las que la negociación (y por tanto, el consentimiento del adherente) pasa a un segundo plano frente al «deber especial» del predisponente en la información formal y real del adherente sea o no consumidor.

2.2.2. La nulidad de la cláusula suelo por incumplir el control de inclusión por deficiente información precontractual [ex arts. 5.5. y 7.1 b) LCGC y 80 TR-LGDCU] también para las empresas

Recientemente, ha estimado la SAP Soria, Sección 1.^a, 18 de febrero de 2016 la aplicación de los artículos 5.5. y 7 b) LCGC a las empresas (también la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Gijón de 28 de abril de 2015, en virtud de la cual se concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor y sin retroactividad limitada), con claro apoyo a la tesis doctrinal que, hasta la fecha, viene abriéndose paso en la doctrina⁷⁷. Consciente la Sala, así lo confiesa, de que no fue esta la fundamentación jurídica de la demanda

sino que, por el contrario se alegó la falta de transparencia y consiguiente abusividad de la cláusula suelo, considera que aunque no se ha solicitado por ese motivo expresamente en el suplico, pero habiéndose solicitado de manera implícita, si tenemos en cuenta el conjunto de la demanda y conscientes de que dicho extremo se ha podido discutir, contradecir, en primera instancia y dado que la no incorporación y la nulidad, tienen efectos prácticos similares a los de la declaración de abusividad por defecto de transparencia, tal y como se había alegado por la defensa de la mercantil, concluye declarando la nulidad de la cláusula suelo por no incorporación en base a los artículos 5.5 y 7 b) LCGC y que por tanto, no se produce la incorporación al contrato⁷⁸.

En conclusión y, siguiendo esta tesis (nulidad de la cláusula suelo en empresas por no superar el control de inclusión), en la medida en que la LCGC resulta de aplicación *con independencia de las cualidades personales del adherente* (persona física o jurídica) *o lo que es lo mismo, con independencia de que sea o no consumidor*, añade en el Fundamento de Derecho Tercero⁷⁹, que a pesar de que de STS de 29 de abril de 2015 establece, siguiendo la línea marcada por la STS de 9 de mayo de 2013, que la cláusula suelo tiene el carácter de condición general de la contratación y regula un elemento esencial del contrato, y no queda excluida por ello de la normativa sobre cláusulas abusivas, advierte en la sentencia que «Debemos precisar que el control de inclusión de las condiciones generales de contratación (también denominado doble control de transparencia en la STS de 9 de mayo de 2013) debe cumplir con las normas de incorporación y de transparencia propiamente dicha. Tal como ha precisado tanto la jurisprudencia del TJUE como las sentencias de Tribunal Supremo deben diferenciarse ambos aspectos. Así la STS de 9 de mayo de 2013 señala que el control de transparencia es un control propio, separado y diferente del control de inclusión, así señala que «admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores».

Por lo que se refiere al control de incorporación la LCGC, en principio, exige para que se consideren incorporadas al contrato que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía. Y, además, a efectos de la incorporación de las condiciones generales al contrato, la LCGC no distingue en función de los contratantes, en cuanto si se trata de empresarios o no. Los requisitos de incorporación se aplican a todos los contratos por igual sean quienes sean los adherentes en la contratación seriada (consumidores o no). Y es que, a través del primer control se examina la claridad de la propia cláusula del contrato, así como la manera en la que se incorpora al contrato. *Conviene tener presente que este primer filtro resulta de aplicación tanto en el caso de que el adherente sea un profesional como*

un consumidor (la cursiva es nuestra). Los parámetros de valoración son los artículos 5.5 y 7 de la LCGC:

Artículo 5.5: « La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez».

Artículo 7: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

Siendo evidente, a la luz de lo antedicho, que la cláusula en cuestión no cumple los requisitos antes citados porque, «En el presente supuesto, la referida cláusula, difícilmente podría cumplir los requisitos de incorporación, y su control, pues curiosamente se observa en el contrato concertado, que en un primer momento, y bajo el epígrafe de “datos financieros de contrato”, se aludía a que «el margen diferencial constante era del 1%». Para luego, volver a insistir en este punto en la cláusula 9, de las condiciones particulares, donde quedaba fijado literalmente que «el tipo de interés para el saldo pendiente de recuperación del bien del primer periodo será el inicialmente pactado, para los sucesivos periodos el tipo de interés a aplicar al saldo pendiente de la recuperación del coste del bien, será el resultante de sumar un punto porcentual al último tipo básico de referencia que estuviera vigente en el segundo día hábil anterior a la fecha de revisión». Es decir, volvía a incidir de nuevo, claramente, en el tipo de interés aplicable. Y sorprendentemente en las hojas últimas de la póliza de contrato, y bajo el epígrafe «hoja anexa», y «explicación», es decir, complemento de lo ya pactado, y no modificación, se estableció la cláusula 6.4, donde se fijaba que «no obstante lo previsto en la cláusula anterior, se acuerda y pacta expresamente, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable fuera el 4%». Es decir, en un contrato, aparece en dos ocasiones el tipo del 1%, para luego, sin motivo alguno, en la hoja final, en un anexo, se modifica lo pactado expresamente, para establecer un tipo contradictorio con el anterior, y sensiblemente superior, del 4%».

Pero lo más llamativo y, podríamos decir novedoso del fallo es la confesión que hace la propia Sala cuando advierte «ser consciente» de que la parte

demandante no (empresa) no ha solicitado de forma expresa la declaración de no incorporación de la cláusula, por vulneración del contenido de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, y sí, en cambio, la nulidad de la misma, por abusividad en la forma prevista en el artículo 8 de la misma. Un ¿error?, ¿fallo? en la propia fundamentación de la demanda que, sin embargo (dice) «... no es óbice para su apreciación de oficio» en base al principio *iura novit curia* porque, tal y como confiesa, «se deduce de la demanda analizada en su conjunto». En este sentido llega a la conclusión de que la cláusula suelo no resulta incorporada en el contrato y, por tanto, es declarada nula por no haber cumplido los requisitos previstos en los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, aún y a pesar de que no se haya solicitado por ese motivo expresamente en el suplico, pero habiéndose solicitado de manera implícita, si tenemos en cuenta el conjunto de la demanda. En cualquier caso, y aun no habiéndose solicitado de manera expresa, como razona, pero habiendo podido ser discutida tal circunstancia por las partes, concluye declarando la no incorporación y la nulidad —de efectos prácticos similares a los que se produciría si se declarase la falta de transparencia de la cláusula con arreglo a la doctrina jurisprudencial.

Tal y como dice en el Considerando Jurídico Tercero la referida sentencia, «En primer lugar, la no incorporación y nulidad se encuentran íntimamente vinculadas. La Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación, como indica en su Preámbulo, no se limita a transponer la citada Directiva, sino que regula de un modo global las condiciones generales de la contratación yendo más allá que la Directiva, no solo desde un punto de vista objetivo, regulando supuestos a que no se refiere la misma (condiciones generales entre profesionales), como desde un punto de vista subjetivo, aplicándose también a casos en los que el adherente es una persona jurídica, que, de conformidad con el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, también puede ser considerada consumidor.

En segundo lugar, esta regulación *ad extra* (más allá de lo exigido por la Directiva) se complementa con una mayor concreción *ad intra*, pues diferencia entre nulidad y no incorporación. Esta diferenciación, no obstante, no es plena, como se desprende de la contradicción, desde un punto de vista lógico, de los postulados de los artículos 7 y 8 de la Ley 7/1998, de cuya lectura conjunta se desprende que para un mismo hecho, la ausencia de cumplimiento de los requisitos de incorporación —como sería el caso—, se anudan dos consecuencias jurídicas: la no incorporación de la cláusula (art. 7) y la nulidad de la misma, por implicar la contravención de normas imperativas (art. 8). Por tanto, el legislador acaba aglutinando ambas situaciones, a lo que se une el hecho de que los efectos de la declaración de no incorporación son los mismos que los de la declaración de nulidad, de conformidad con los artículos 9 y 10 de la Ley.

Hasta la fecha, son numerosas las Audiencias Provinciales que, en 2015, se han mostrado partidarias de extender el control de transparencia a la contrata-

ción entre empresarios/as, entre las que cabría citar, sin ánimo exhaustivo, entre otras las siguientes: SAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 30 de marzo de 2015, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 5 de febrero de 2015; SAP Zamora, Sección 1.^a, 28 de enero de 2015; SAP Córdoba, Sección 1.^a, 21 de octubre de 2014; SAP Murcia, Sección 1.^a, 4 de diciembre de 2014; SAP, Sección 1.^a, Málaga, 30 de septiembre de 2014; SAP Córdoba, , Sección 1.^a, 31 de octubre, 21 de octubre y 17 de julio de 2014, SAP Barcelona, 26 de febrero de 2014 y SAP Cáceres, Sección 1.^a, 3 de junio de 2013 .

La primera vez que conocamos, que una Audiencia Provincial utilizó idéntica argumentación legal (*ex arts. 5.5. y 7 LCGC*) fue (1) la SAP de Cáceres, Sección 1.^o, de 3 de junio de 2013, estableció que resulta de aplicación la normativa de consumidores y usuarios, declarando la nulidad de la cláusula suelo en un contrato de préstamo celebrado entre empresarios. En su fundamento sexto argumenta que la nulidad pretendida en la demanda se fundamentaba en el carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en los contratos de préstamo hipotecario que los actores habían suscrito con la demandada, por falta de equilibrio en las prestaciones y obligaciones de ambas partes. Teniendo en cuenta los hechos en los que se fundamenta la demanda y los argumentos expuestos, se llega a la conclusión de que el examen de la cláusula impugnada por la entidad mercantil ha de hacerse desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (*RCL 1998, 960*) y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios. Desde este punto de vista, la cláusula suelo debe reunir los mismos requisitos de incorporación y transparencia que se exigen para cualquier condición general, aunque se emplee en la negociación entre profesionales (*arts. 5 y 7 LCGC*). (2) Un año después, en la SAP de Córdoba, Sección 1.^a, de 21 octubre de 2014 se argumentó que aunque la parte actora ostenta la condición de empresa, la cláusula suelo del contrato bancario en cuestión es abusiva y por ello nula y ha de ser considerada como condición general de contratación sometida al control de la LCGC. Esta sentencia establece en su fundamento primero que «aun no siendo posible la declaración de abusividad de una cláusula que afecta a consumidores, puede resultar de aplicación, como así lo fundamenta la actora en su escrito de demanda y advirtió esta Audiencia Provincial en la sentencia de su Sección 3.^a de fecha 18 de junio de 2013 (*AC 2013, 1880*) o en la más reciente de su Sección 1.^a de fecha 17 de julio de 2014 (*JUR 2014, 258485*) (rollo 660/14), la normativa general sobre condiciones generales de contratación, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 (*STS núm. 241/2013 (RJ 2013, 3088)*), en el fundamento jurídico 201, recuerda que el control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que tenga dicha naturaleza, con independencia de que el adherente sea consumidor o no, diciendo: « En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre

empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC». (3) Al año siguiente, la SAP Zamora, Sección 1.º, de 28 de enero de 2015, advierte que, «En primer lugar debe ponerse de manifiesto que la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, resulta de aplicación tanto para personas físicas como para personas jurídicas, al ser definido su ámbito de aplicación subjetivo, en su artículo 2, en el que se señala que la Ley resultará de aplicación a todos los contratos suscritos por un profesional (persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial) y una persona física o jurídica (adherente), actuando ésta última en el ámbito de su actividad profesional o empresarial o no. Es en atención a esta regulación que los criterios mantenidos por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de mayo de 2013 (RCL 2013, 3088), pueden ser aplicados a los contratos suscritos entre un profesional y una persona jurídica que lo concierta al efecto de conseguir financiación para su actividad empresarial, puesto que dicha sentencia considera que la cláusula que tratamos, aunque incida en un elemento esencial del contrato como es el precio, es una condición general de la contratación y, por ello, debe estar sometida al control de transparencia a que se refiere precisamente el artículo 5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960), aunque no resulte de aplicación la normativa protectora de los derechos de Consumidores y usuarios». (4) Un mes después, en la SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 5 de febrero de 2015, se advierte que «al vincular el consentimiento a la necesidad de información clara y suficiente, la existencia de la transparencia y las posibilidades de controlarla dependerán de las partes intervinientes, de manera que, respecto al contrato de préstamo matriz, en la medida en que se celebre entre la entidad de crédito y un empresario, quedará sujeto a los requisitos previstos en la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la contratación (arts. 5 y 7)...». Y al mes siguiente fue la SAP Córdoba, Sección 1.ª, 30 de marzo de 2015, la que declaró que la falta de transparencia de la cláusula suelo contratada por una mercantil era nula en base al artículo 5 LCGC advirtiendo que, «son aplicables con independencia de las cualidades personales del adherente, al decir: “En definitiva, las cláusulas analizadas no son transparentes ya que: a) Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad —caso de existir— o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas”». En particular, en el fundamento octavo expresa «la Exposición de Motivos de

la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (RCL 1998, 960) indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos con consumidores, pero añade: “Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios”».

2.2.3. La nulidad de la cláusula suelo por no superar el doble filtro de transparencia de creación jurisprudencial

A pesar de que hay quienes sostienen⁸¹, también parece que lo hace el Tribunal Supremo en la STS, Sala Primera (Pleno, 9 de mayo de 2013), que las cláusulas que no superan el doble control de transparencia son nulas por abusivas para el/la consumidor/a —ligando y conectando el control de incorporación artículo 80.1 TRLGDCU con el juicio de abusividad contenido en el artículo 82.1 TRLGDCU —por cuanto y en palabras del Supremo, la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor/a—⁸²; no es esta la interpretación que creemos es la interpretación correcta y la que aquí pretendemos extrapolar a las empresas (Pymes) a quienes consideramos les debe resultar de aplicación el doble filtro de transparencia en la medida en que participen en este nuevo modelo de contratación seriada.

Sostener estas dos afirmaciones (recordémoslas, «no siempre son abusivas las cláusulas no transparentes» y «siempre son nulas las cláusulas suelo que no supera el control de incorporación por no ser transparentes [son opacas] pero puede que no sean abusivas») obvias para algunos⁸³ encuentran hoy por hoy el obstáculo en la doctrina jurisprudencial que sobre el control de transparencia sentó la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando equipara el control de inclusión y transparencia con el juicio de abusividad.

En nuestra opinión, el hecho de que el Tribunal Supremo conecte el control de transparencia con el juicio de abusividad atribuye una cualidad que provoca «opacidad» al control de transparencia que impide que la luz (LCGC) se refleje de manera transparente una vez que se proyecta sobre la contratación con condiciones generales entre empresarios/as.

A nuestro juicio, no hay que olvidar que el Tribunal Supremo a quien hay que aplaudirle, de entrada, la creación judicial del control de transparencia guiado por ofrecer una solución legal a los consumidores/as (no empresarios/as). Nos resistimos a pensar, tras analizar las apreciaciones y aclaraciones que el propio Abogado General llevó a cabo⁸⁴ a la STS, Sala Primera (pleno), 9 de mayo

de 2013 que el Supremo desconocía la tesis sostenida por quienes fueron los primeros comentaristas de la LCGC, en particular BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, GONZÁLEZ PACANOSWCA, PAGADOR LÓPEZ⁸⁵; —que es doctrina tradicional, mayoritaria, y acertada (a nuestro juicio)— según la cual la falta de transparencia no conduce necesariamente a la abusividad de la cláusula sino que los requisitos de comprensibilidad y claridad del 4.2 de la Directiva debían reconducirse al control de inclusión de los artículo 5 y 7 b LCGC y no a la nulidad por abusividad de la cláusula tal y como hemos dicho y aclarado con anterioridad.

Insistir, tal y como proponen algunas Audiencias en incluir dentro del concepto del consumidor/a a las empresas (entre otras, en las SSAP Jaén, Sección 1.^a, 10 de julio de 2014 y la SAP Huelva, Sección 3.^a, 21 de marzo de 2014, SAP Jaén 27 de marzo de 2014, SAP Córdoba, Sección 1.^a, sentencias 21 y 31 de octubre y 17 de julio de 2014) hoy por hoy, con el TR-LGDCU y con la doctrina jurisprudencial que el Supremo tiene el concepto de consumidor/a, no tiene demasiado sentido (resulta hasta descabellado). A nuestro juicio, no es necesario forzar la interpretación del concepto de consumidor/a hasta el extremo de llegar a afirmar, tal y como se pretende sostener, que los/as empresarios/as también lo son pues, tal y como hemos dicho ya, hoy por hoy no lo son (a diferencia de lo que sucede en la legislación catalana⁸⁶).

Así lo han declarado, recientemente, entre otras, la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 1 de diciembre y 24 de marzo de 2015, SAP Girona, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2015, la SAP Albacete, Sección 1.^a, de 13 de marzo de 2015 y la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 1 de diciembre de 2015.

(1) En la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 1 diciembre 2015, se advierte, con acierto, que no se le puede otorgar la condición de consumidor/a a los demandantes debido a que su actuación se desarrolló en el ámbito empresarial, destinando el préstamo obtenido a la adquisición de un local comercial. Considera en su fundamento tercero, haciendo referencia a su sentencia de 24 de marzo de 2015 que «llegados a este punto, en que no se atribuye a los demandantes la condición de consumidores, el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas suelo y techo, desde el prisma de la LCGC, no puede determinar su nulidad por su carácter abusivo, porque el artículo 8.2 de la Ley 7/1988 de Condiciones Generales de la Contratación, reserva este específico control de contenido al contrato celebrado con consumidores, por lo que no son aplicables los artículos 82 de y siguientes de la LGDCU». Meses antes, en marzo y se dictaron dos sentencias en esta misma línea interpretativa. (2) en la SAP Girona, Sección 1.^a, de 16 de marzo de 2015, la apelante se apoya en el Código Civil y en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para declarar la nulidad de la cláusula suelo. Dejando constancia de que en las condiciones generales entre profesionales puede existir un abuso de posición dominante y que puede declararse la nulidad de una condición general de la contratación que se considere abusiva al ser la misma contraria a la buena fe y cause desequi-

libro importante en los derechos y obligaciones de las partes, inclusive en el caso de contratos entre profesionales y empresarios declara que «que no consta exactamente el objeto del préstamo, pero que en el pacto primero del contrato se estableció que el préstamo no se destinaba a satisfacer las necesidades personales suyas ajenas a su actividad empresarial o profesional. Y que a pesar de tratarse de una cláusula de adhesión, que de no ser cierta debería considerarse nula, no existe razón para dudar de su contenido, sobre todo teniendo en cuenta que la prestataria es una persona jurídica y que aunque esta pueda ser consumidora, lo más habitual y normal es que no lo sea y, por tanto, debe considerarse como empresaria y no serle de aplicación la Ley protectora de consumidores». Y, (3) la SAP Albacete, Sección 1.ª, de 13 de marzo de 2015, en la que tras dejar constancia de que en las condiciones generales entre profesionales puede existir un abuso de posición dominante y que puede declararse la nulidad de una condición general de la contratación que se considere abusiva al ser la misma contraria a la buena fe y causar desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes; deniega la pretensión de declarar consumidor/a a la empresa. En este sentido, en su fundamento segundo, advirtió que el concepto de abusividad lo vincula la ley a los contratos celebrados por los consumidores en el sentido legal de la expresión de acuerdo a la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, y a la Directiva 93/13/CEE. Argumenta que de acuerdo con dicha legislación, que mientras que los requisitos de incorporación, claridad, transparencia, concreción y sencillez de las cláusulas de un contrato, es exigible en todo tipo de contrato, como se establece en el artículo 8,1 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, no lo es la abusividad, que sólo sería obligatoria en los contratos con consumidores. Añade, además, en su fundamento de derecho octavo, que «la consecuencia lógica de no atribuirle la condición de consumidor a la actora, es que no es posible el control de abusividad de las cláusulas del contrato porque éste concepto está reservado a los consumidores, según la legislación ya citada, artículo 8,2 de la LCGC y 82 de la TR-LGDCU. El artículo 8,1 sólo permite el control de nulidad cuando las condiciones generales contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en la ley, pero el control sobre la abusividad se recoge en el núm. 2 del citado precepto para los contratos celebrados con consumidores».

No nos extraña este modo de actuar teniendo en cuenta el sólido criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo quien no duda aclarado y denegar, hasta la saciedad (pues ya lo ha hecho en numerosísimas ocasiones como pronto pasaremos a comprobar) que las/os empresas (mercantiles, pymes, etc.) no gozan de la condición de consumidor/a desde el punto de vista legal. Al menos, desde el punto de vista estatal pues, como sabemos, la legislación catalana ha declarado lo contrario.

Sin dejar de reconocer la apuesta autonómica catalana a favor de las PYMEs, analizada y estudiada⁸⁷ al hilo de la definición que el artículo 111 del Código

Consumo catalán, ofrece al concepto del consumidor/a —tras la reforma de la Ley 20/2014, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña, para la mejora de la protección de las personas consumidoras en materia de créditos y préstamos hipotecarios, vulnerabilidad económica y relaciones de consumo—; una definición que introduce una novedad impactante en relación al concepto de consumidor/a y usuario/a al ampliar su ámbito de aplicación a las PYMES, cuando celebren contratos con las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado, somos conscientes de que la solución legal que se le ofrezca a las pymes ha de venir de la mano de una solución estatal que equipare la problemática y situación dramática en la que se encuentran las Pymes. Por ello y a nuestro juicio, lo adecuado, más que crear una evidente desigualdad entre las Pymes catalanas y el resto de Pymes españolas (andaluzas, extremeñas, madrileñas); lo que habría que analizar es si a falta de una reforma legislativa estatal las normas de derecho contractual existentes en la actualidad codificadas (y en proceso de modernización y europeización) y extra codificadas y sectoriales ofrecen una solución alternativa al drama que, en la actualidad, sufren miles de Pymes; lo que nos remite una vez más a la reglamentar Ley de Condiciones Generales de la Contratación dirigida a reglamentar este nuevo modo de contratación seriada, con condiciones generales, en las que quien contrata puede ser adherente consumidor/a o no.

En nuestra opinión, sin embargo, y en tanto en cuanto no se modifique, cosa que no parece que vaya a suceder a corto o medio plazo, la definición que los artículos 2, 3 y 4 del TRLGDCU ofrecen a los consumidores/as y a quienes no lo son, y pese a que la Directiva 2011/83/CEE es de armonización plena y en su artículo 13 reconduce a los Estados Miembros la competencia para regular los aspectos no incluidos en su ámbito de aplicación (como podría ser este) —cosa que aún no ha sucedido— hasta la fecha no solo el Tribunal Supremo sino, también, la jurisprudencia menor (también la DGRN⁸⁸) han negado y denegado, hasta la saciedad la condición de consumidor/a; y por ende, la protección que dispensa la normativa de consumo contenida en la LGDCU⁸⁹ —tal y como hemos advertido ya⁹⁰—: (1) *a la mercantil que compra un despacho para el ejercicio de su actividad profesional de prestación de servicios*, hipótesis en la que queda excluida del ámbito de aplicación de la legislación especial de defensa de los consumidores, sin que resulte sujeta al control de contenido o de abusividad, debiéndose aplicar el régimen general del contrato por negociación, tal y como sostiene recientemente, insiste en el tema, en la STS de 28 de mayo y 30 de abril de 2015⁹¹, (2) *al abogado que compra una local que destina a su despacho* (en virtud de la STS, Sala Primera, 28 de mayo de 2014)⁹² (3) *a la Pyme que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción inmobiliaria* (STS, Sala Primera, 7 de abril de 2014)⁹³. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor quedando, por tanto, sujeto al régimen general del

contrato por negociación. (4) *la empresa titular de una residencia de ancianos* que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores (en virtud de la sentencia, Sala Primera, 10 de marzo de 2014), (5) *la sociedad de cooperativas de viviendas* (en virtud de la STS de 24 de septiembre de 2013⁹⁴) y, (6) *la mercantil* que realizó la compra de unos bienes muebles destinados a un uso empresarial (en virtud de la STS de 23 de julio de 2013). Este debate abierto, también en la jurisprudencia menor, ha sido retomado recientemente denegando la protección del consumidor: (7) al *adquirente de un local comercial de hostelería* (SAP de Albacete, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2016, (RJ 2015, 407), (8) al *Administrador de la sociedad* que lo es o lo ha sido de otras sociedades y que está habituado a la negociación y suscripción de contratos de préstamo para la realización de las actividades empresariales (SAP Zamora, Sección 2.ª, 21 de mayo de 2015⁹⁵, (9) a la *sociedad mercantil (cooperativa de viviendas)* que contrató un préstamo hipotecario en base a considerar que la cláusula suelo es fruto de la negociación individual» (Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Almuñécar (Provincia de Granada) sentencia de 26 de enero de 2015)⁹⁶, para quien la cláusula abusiva en el caso de la empresa fue negociada individualmente y en ningún caso ocultada a la empresa por el predisponente», la SJMerc Barcelona 13 de febrero de 2014 y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia Zamora, de 3 de abril de 2014, (10) al *avalista del empresario* (SAP Pontevedra, Sección 1.ª, 16 de febrero y 30 de marzo de 2016 y 14 de octubre de 2014)⁹⁷, (11) el *fiador si es un profesional* aún cuando el prestatario a quien fia sea considerado consumidor (SAP de Granada, Sección 3.ª, sentencia 3 de octubre de 2014⁹⁸), (12) el particular que adquiere viviendas como inversión e incluso para ponerlas en alquiler dado que en modo alguno la legislación protectora de consumidores y usuarios excluye a quienes tengan, entre otras, la intención de invertir o ahorrar al adquirir viviendas (y mucho menos a quienes obtengan préstamos para financiar la adquisición de algún bien), toda vez que el arrendamiento de viviendas entre particulares es un negocio jurídico privado, por lo que si no se acredita actividad calificable de empresarial en el sector inmobiliario, el deudor hipotecario se debe encontrar amparado por la normativa de consumidores y usuarios (SAP de Las Palmas, Secc. 4.ª, de 26 de noviembre de 2014), (13) a *la empresa* que pide un préstamo con la finalidad de adquirir unas instalaciones destinadas a su actividad empresarial (sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm, 2, Zamora 2014)⁹⁹, (14) *la mercantil que solicita un préstamo hipotecario para financiera su actividad empresarial* (SAP Cantabria, Sección 4.ª, 20 de diciembre de 2014 y la SAP Jaén, Sección 1.ª, 10 de julio de 2014 y, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, núm, 2, Zamora 3 de abril de 2014 y la SJMerc Barcelona 13 de febrero de 2013)¹⁰⁰.

Somos conscientes de que el propio TJUE en la sentencia de 3 de septiembre de 2015 (en el asunto C-110/14, caso Costea vs. SC Volksbank Româ-

nia, en la que, tras recordar la doctrina sentada en la sentencia Di Pinto (C 361/89, EU:C:1991:118, apartado 15), ha advertido, como hemos analizado con anterioridad¹⁰¹, que el hecho de que el deudor sea un *abogado que posea un alto nivel de conocimientos técnicos* nada empece a que pueda ser considerado consumidor/a y usuario/a cuando concierta un contrato que no esté vinculado a su actividad profesional, careciendo asimismo de trascendencia el hecho de que el crédito nacido de tal contrato esté garantizado mediante una hipoteca que grave bienes destinados al ejercicio de su actividad profesional como puede ser su bufete (TJUE en la sentencia, Sala 4.^a, de 3 de septiembre de 2015),

A este debate se suma recientemente, el Auto (núm. 83) de la AP Pontevedra, Sección 1.^a, 6 de abril de 2016 en el que se concluye que es consumidor/a el fiador del empresario (y viceversa, tal y como indicó la SAP de Granada, Sección 3.^a, sentencia 3 de octubre de 2014¹⁰², no lo es (consumidor) el fiador que siendo profesional lo es de una persona consumidora. También, la SAP Pontevedra, Sección 1.^a, 14 de octubre de 2014¹⁰³ calificó como consumidor/a a quien adquiere un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo u obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por el particular al margen de su actividad empresarial o profesional *«(...) la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de «su actividad» empresarial o profesional (la norma comunitaria para más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado «una actividad») resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final».*

Advierte la Sección 1.^a de la AP Pontevedra en su Auto de 6 de abril de 2016 (Razonamiento Jurídico Tercero) que: *«Si el fiador D. B. trabajaba como funcionario, no figura relacionado o vinculado funcionalmente con la mercantil destinataria del crédito y es el padre de uno de los dos socios y suegro (o ex suegro, según parece) de la otra socia y administradora única de la empresa, cabe razonablemente pensar que la razón que motivó su intervención en el contrato de fianza no fue otra que la relación paterno-filial o familiar que le unía con los auténticos titulares de la sociedad, intervención que, realizada a título gratuito o de mera beneficencia, debió obedecer a la exigencia impuesta por la entidad financiera para reforzar el buen fin del contrato, es decir, sus legítimas expectativas de cobro del principal e intereses. En consecuencia, D. B. actuó en el contrato de fianza como consumidor y no como empresario o profesional, con independencia de la catalogación que merezcan los intervinientes en el contrato principal».*

2.3.4. *El control de contenido en la contratación seriada (ex art. 82 TR-LCGC). Nuevos desafíos en la contratación entre empresarios/las*

Hablar del régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido porque tal y como se ha dicho ya, una Ley de condiciones generales que eluda este control es un cascarón vacío¹⁰⁴. Por ello, creemos, tal y como hemos sostenido ya, siguiendo BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, que el artículo 8.2 LCG¹⁰⁵ «... se limita a destacar (o recordar) como un caso «particular» de condiciones generales abusivas (y, consecuentemente, nulas) las de la lista de la disposición adicional primera LCGU, que lógicamente se aplican solo a los contratos en que intervengan consumidores... No comprende en dicho «recordatorio», del que quedan excluidos los contratos entre profesionales, la definición general de la cláusula o condición general abusiva contenida en la primera frase del artículo 10 bis. 1, párrafo 1.º, que será válida también para dichos contratos entre profesionales...». La diferencia pretendida entre el control de abusividad entre consumidores y empresas «... no es la de circunscribir el concepto de condición general abusiva a los contratos de consumo o el de utilizar un concepto de dicha figura distinto según nos encontremos o no en el campo de la contratación de consumo. La voluntad y preocupación de nuestro legislador se limita a marcar las diferencias en la no aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera de la LGDCU... Si los propietarios pueden ser *débiles* para merecer ser protegidos mediante un control de incorporación, lo serán también para merecer un control de contenido»¹⁰⁶.

Animados, pues, a valorar, «repensar», el *control de contenido* en la contratación entre empresarios a la luz de los Textos Europeos de Referencia que siguen la inercia de los países europeos (Alemania, Francia e Italia) —asumido en la Propuesta de Código Civil Asociación Profesores de Derecho Civil (Propuesta Cuenca)— en los que el legislador extiende, de manera explícita, el control de abusividad a la contratación entre empresas.

Prever un control de abusividad entre empresas, en la contratación con condiciones generales (y negociadas), tal y como propone de manera ambiciosa la fracasada Propuesta de la Comisión Europea que publicó el 11 de octubre de 2011, relativa a una normativa común de compraventa europea (a partir de ahora, CESL) al que es posible acogerse de manera voluntaria cuando en la contratación entre empresas intervenga una Pyme¹⁰⁷ nos parece un enorme acierto¹⁰⁸. Regulado el control de contenido entre comerciantes en el artículo 86 CESL, una vez definido en el artículo 83 el concepto de abusivo¹⁰⁹, se advierte que: «1. Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales,

en contra de las exigencias de la buena fe contractual. 2. A efectos de la presente sección, a la hora de evaluar si una cláusula contractual resulta abusiva, deberá atenderse a: (a) la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato; (b) las circunstancias concurrentes en el momento en que se celebró; (c) el resto de las cláusulas contractuales; y (d) las cláusulas de cualquier otro contrato del cual dependa». En este sentido, advierte este último artículo que, una cláusula incluida en un contrato celebrado entre comerciantes será abusiva a efectos de la presente sección solo si: (a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente y, (b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual; lo que significa que el control de contenido rige, en general, para las cláusulas no negociadas individualmente (es decir, rige también, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción)».

Esta regulación del CESL se corresponde con el Artículo II.-9:405 DCFR. Un texto de carácter más restrictivo que el Reglamento Europeo de compraventa¹¹⁰ pero más exhaustivo y casuístico que los Principles of European Contract Law¹¹¹ (a partir de ahora PECL) (art. 4:110) y los Principles of the Existing EC Contract Law¹¹² (a partir de ahora ACQPI (art. 6:301). El Draft Common Frame of Reference¹¹³ (a partir de ahora DCFR) opta por establecer una regulación de las cláusulas abusivas no solo aplicable a las relaciones contractuales entre un empresario y un consumidor sino, también, a las relaciones contractuales entabladas entre no empresas (art. II.-9:104), y entre empresas (art. II.-9:105), lo que, de entrada nos parece un acierto¹¹⁴.

En conclusión y salvando las diferencias, que las hay, entre el CESL, el DCFR, los PECL y los Principios Acquis: (1) en todos los textos de referencia se prevé un control de abusividad en la contratación, con condiciones generales, entre empresas; lo que supone, sin duda, un avance significativo respecto a nuestro ordenamiento jurídico interno¹¹⁵. Además, (2) es muy posible que las grandes empresas que contratan con Pymes o autónomos y poseen en principio la libertad de escoger el Derecho aplicable en sus contratos (pues el CESL es un instrumento opcional), no escogerán el instrumento opcional si quieren evitar un control del contenido de sus cláusulas contractuales¹¹⁶. También lo es que a quienes prestan sus servicios, en nuestro caso, a las entidades financieras no les interesa estar sometidas a dicho control.

Somos conscientes de que en nuestro país, a diferencia de lo que sucede en Europa (como pronto comprobaremos), la doctrina y la jurisprudencia, durante más de una década permanece anclada en sostener que no existe un control de contenido específico, y consiguiente abusividad, en la contratación entre empresas/profesionales. Tras la STS, Sala Primera, (Pleno) 9 de mayo de 2013 se aclaró que la falta de transposición formal en España del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no supone que el Derecho vigente

en nuestro país permita un control judicial del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato ni la relación calidad-precio¹¹⁷.

IV. OPACIDADES Y TRANSPARENCIAS EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LA CLÁUSULA SUELO

A pesar de que, hasta hace relativamente poco tiempo, prácticamente nadie ponía en duda la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para conocer de la acción individual de nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, a tenor del artículo 86, ter, apartado 2 LOPJ¹¹⁸, en los últimos años existen fallos contradictorios en la jurisprudencia menor¹¹⁹, en torno a determinar si en estas hipótesis son competentes los Juzgados de Primera Instancia para conocer de las acciones de nulidad por vicio del consentimiento con apoyo en el Código Civil o el TRLGDCU y no en la LCGC (en cuya hipótesis sería competentes los Juzgados de lo Mercantil).

A este debate al que hemos aludido ya¹²⁰ y que ha sido radiografiado magníficamente en los Autos de la AP de Barcelona, Sección 17.^a, 15 y 21 de enero de 2015¹²¹, de Salamanca de 9 de diciembre de 2014¹²², Huelva, Sección 2.^a, 1 de octubre de 2014¹²³ y Castellón, Sección 3.^a, 12 de noviembre de 2014¹²⁴, al que se ha sumado (para algunos, incluso aclarado) la reciente STS de 25 de marzo de 2015¹²⁵ zanjado las dudas sobre esta cuestión y ofreciendo argumentos a favor de atribuirle la competencia a los *Juzgados de Primera Instancia*, de lo Civil, en atención al hecho de que «parece evidente que si la doctrina jurisprudencial del control de transparencia configurada por el TS, al amparo del artículo 1.6 del Código Civil, está fundamentada en los artículos 80.1 y 82.1 de la LGCYU, interpretados conforme a los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, que permiten llevar a cabo un control de contenido no basado en el desequilibrio, sino en la falta de transparencia de la cláusula predispuesta, por incumplir los artículos 80.1 y 82.1 de la LGCYU, la competencia funcional y objetiva por razón de la materia debería corresponder a los Juzgados de Primera Instancia y no a los Juzgados de lo Mercantil, al no subsumirse la acción ejercitada en la previsión contenida en la letra d) del apartado 2 del artículo 86 ter de la LOPJ, en relación con los artículos regulados en el Capítulo IV de la LCGC»¹²⁶.

Recientemente, también, la tramitación parlamentaria presentada por el PP en el trámite de enmiendas al artículo 86.ter LOPJ, apartado segundo, parece haberse sumado a este debate que hoy existe en la jurisprudencia menor. En particular, lo ha hecho, a través de la enmienda 374 en virtud de la cual se propone que el conocimiento de las acciones individuales pase a ser competencia del Juzgado de Primera Instancia¹²⁷. En particular, la enmienda 374 pretendía atribuir a los Juzgados de lo mercantil el conocimiento de las acciones colectivas

en materia de contratación y en materia de consumidores y usuarios, mientras que las acciones que no tengan este carácter serían conocidas por los Juzgados de Primera Instancia. Esta previsión se acompaña de una segunda cuestión: el establecimiento de una misma sección de la Audiencia Provincial que conociese de los recursos en esta materia para lograr la unificación de criterio, con independencia de que el asunto se hubiese conocido en primera instancia por un Juzgado de Primera Instancia o por un Juzgado de lo mercantil.

Frente a quienes consideraban que resulta evidente que si en las acciones colectivas está permitida la acumulación de acciones con el fin de evitar procedimientos posteriores para exigir la devolución de las cantidades percibidas en virtud de una cláusula declarada judicialmente nula en un acción colectiva de cesación con más razón será posible solicitar la devolución en el ejercicio de una acción individual, devolución que por otra parte no es sino una consecuencia necesaria de la declaración de nulidad —una cuestión sobre la que, recientemente, se ha expresado el Supremo proponiendo la retroactividad prospectiva en la STS de 25 de marzo de 2015 (retrotrayendo los efectos de la declaración de nulidad y devolución de cantidades hasta la fecha de 9 de mayo de 2013)—, en la hipótesis de acumulación de acciones existen, también, posiciones enfrentadas a la hora de determinar si competentes los juzgados de lo civil o de lo mercantil, para conocer de las acciones en cuestión.

A favor de considerar que son competentes los Juzgados de lo mercantil, también en la hipótesis en que se acumulen a la acción principal, la acción de nulidad de la cláusula suelo¹²⁸ (cosa que suele ser usual en la práctica¹²⁹), la acción de nulidad por abusividad¹³⁰, la dación en pago¹³¹ o a la acción de restitución de cantidades indebidamente cobradas o de indemnización de daños y perjuicios (acciones, que insistimos, suelen ser acumuladas cuando se presenta la acción por vicio de consentimiento como acción principal); en tanto en cuanto la LOPJ atribuye exclusivamente a los Juzgados de lo mercantil la competencia para determinar si una condición general es o no transparente (control de incorporación) es o no abusiva (control de contenido) de lo que se deduce que es evidente que también lo son para condenar a la devolución de las cantidades percibidas ilegítimamente en virtud de dicha cláusula abusiva al consumidor demandante perjudicado por la misma. Basta con acudir al artículo 12 de la Ley 7/98 de Condiciones Generales de la Contratación en virtud del cual se establece la posibilidad en las acciones colectivas de que se pueda acumular la de devolución de cantidades («A la acción de cesación podrá acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones»).

No estaría demás que el Tribunal Supremo, en Auto siguiendo el modelo de aclaración de la competencia en relación al tema de acciones de Bankia en el Auto, Sala Primera, 16 de marzo de 2016, según el cual «En este contexto

consideramos, por aplicación del abanico de fueros competenciales previsto en el actual artículo 52.2 LEC, en relación con el artículo 10 LSC, que los suscriptores pueden demandar a Bankia, bien ante los tribunales de su domicilio, bien ante los tribunales del lugar donde se realizó la suscripción pública de acciones, si la adquisición se produjo en un partido diferente al de su domicilio, o bien en el domicilio de la entidad bancaria, que en este caso, por las razones expuestas, puede dar lugar a la elección de Madrid o Valencia. Es importante destacar que esta decisión la adoptamos en atención a las circunstancias concretas que concurren en este supuesto, sin que tal solución pueda extrapolarse de forma automática a la situación de otras entidades mercantiles», se posicionara de modo expreso sobre el particular.

V. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO, EJECUCIONES HIPOTECARIAS, ADJUDICACIÓN Y VENTA SIN QUE EL EMPRESARIO/A PARTICIPE EN LAS PLUSVALÍAS: ¿NUEVA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL?

«Nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro»: «*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*».

(D. 50, 17, 206, en el Libro L. Título XII, Ley 206, libro XII, título VI, ley 14)

Hasta que la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Pleno, anunciara, en su sentencia 13 de enero de 2013¹³², de la que fue Ponente el Magistrado D. Ignacio SANCHO GARGALLO, su intención, *obiter dictum*, de «repensar» su propia doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto¹³³ en ejecuciones hipotecarias, adjudicaciones y venta con plusvalía, en las hipótesis en las que la entidad financiera venda la vivienda en un «breve lapsus de tiempo» obteniendo una «plusvalía muy relevante», el único espacio que reconocía a la pretensión de enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias había sido tal y como indica la doctrina¹³⁴ en aquellas hipótesis en las que se ejecutaba, junto con la finca hipotecada, *pertenencias*¹³⁵, y/u obras de sobreedificación, nueva construcción, plantación o siembra no tasadas en el momento de construir la hipoteca ni en el pacto expreso de extensión objetiva de la hipoteca¹³⁶. Únicamente en estas situaciones el Tribunal Supremo (entre otras, las SSTs de 18 de noviembre de 2005, 4 de julio de 1993 y 15 de noviembre de 1990) parecía estar dispuesto a lo que estimaba «justo» y «equitativo», reconocer la pretensión de enriquecimiento sin causa que se producía en virtud del empobrecimiento del propietario del bien hipotecado a favor del enriquecimiento del adjudicatario cuya correlación no hallaba justa causa que lo justificase provocando «injustificado» el

enriquecimiento experimentado por el adjudicatario, en pública subasta, de las pertenencias, obras de elevación, nueva construcción, plantación o siembra) a los que no se había extendido la hipoteca porque no fueron tasados (cfr. en este sentido, las SSTs de 15 de noviembre de 1990, 24 de marzo de 1993, 4 de julio de 1993 y, más recientemente, 18 de noviembre de 2005) ni valorados al fijar el precio de tasación en la escritura de constitución de la hipoteca así lo ha declarado en su STS, Sección 1.^a, 1 de abril de 2015 (Ponente F. Javier ORDUÑA MORENO)¹³⁷. Recientemente el principio general de interdicción del enriquecimiento sin causa en ejecuciones hipotecarias ha sido declarado por el Tribunal Supremo, pero en un supuesto distinto, en las STS, Sala Primera, 19 de febrero de 2016 (Ponente F. Javier ORDUÑA MORENO), en un supuesto de subasta judicial cuyo objeto de tasación de la finca subastada se realizó exclusivamente sobre el valor del solar sin incluir el posible valor de la obra en construcción, siendo el valor de lo edificado muy superior al valor del solar, propiamente dicho. La sociedad mercantil adjudicataria adquiere, por título de cesión de remate, la susodicha finca registral con todo lo que hay en ella, de acuerdo en virtud de dicho artículo 353 del Código Civil, respecto de la adquisición por derecho de cesión. En esta sentencia no se cuestiona la legalidad de la adquisición resultante para la mercantil adjudicataria, tanto respecto del solar objeto de la subasta judicial, como de lo construido en el mismo, conforme a la legalidad, sino el enriquecimiento injusto que le ha reportado, siendo aquí, una manera más de enriquecimiento injusto. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideran aplicable al presente caso la doctrina del enriquecimiento injusto. La sociedad adjudicataria reconoce el enriquecimiento producido y señala que este no tiene causa en los incumplimientos de la promotora, sino en el procedimiento de subasta judicial seguido. En donde se adjudica la finca en cesión de remate por el valor de tasación solo del solar, sin tener en cuenta el valor de lo edificado en el mismo. Por lo que la mercantil adjudicataria adquiere la totalidad de la finca «sin pagar nada de edificado», cuyo valor es varias veces superior al valor del solar.

Consciente el Supremo de que el legislador impulsado, también desde Europa, modificó, a través de la Ley 1/2013 de protección del deudor hipotecario, los artículos 579 y 671 LEC obligando a hacer partícipe al deudor hipotecario de la plusvalía generada por la venta del inmueble adjudicado en subasta desierta, decide *de oficio* «repensar» su propia doctrina jurisprudencial, sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias lo que le permite «renovación del derecho» por vía judicial, tal y como ha dicho nuestra doctrina¹³⁸.

Tras la STS, Sala Primera, 13 de enero de 2015¹³⁹ el Supremo vuelve a cerrar la puerta a la pretensión de enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias. No obstante, anunciaba, y no es poco importante que lo haga la Sala Primera en Pleno, que estaba dispuesta a matizar su propia doctrina jurisprudencial en aquellas hipótesis en que la entidad financiera proceda a la venta del inmueble

ejecutado y tras adjudicárselo proceda «breve lapsus de tiempo» a venderlo generando, dicha venta, una «plusvalía muy relevante» (dos conceptos jurídicos indeterminados sobre los que reflexionaremos en este comentario). Considera que el «producto de la subasta» equivale al «valor de adjudicación» del bien en subasta desierta (en este caso, al 50% del valor de tasación). A su juicio, la posibilidad con que cuenta el acreedor hipotecario de adjudicarse el inmueble por el 50% de su valor de tasación tal y como sucede en el caso enjuiciado —hoy el 70% tras la reforma operada en 2013 al artículo 671 LEC (antes el 60% tras la reforma operada en 2011) y continuar persiguiendo la deuda con el patrimonio presente y futuro es legítima porque está amparada en un precepto legal; por lo que deniega la pretensión de enriquecimiento injusto en base a considerar que el importe de tasación fue muy superior al valor de la adjudicación. A su juicio, dicha adjudicación (a mitad de precio) está prevista y aceptada expresamente por la Ley y no por el de su tasación. Anuncia, eso sí (y esto es lo realmente novedoso), estar dispuesta a «replantearse» su propia doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias en aquellos casos en los que, tras la ejecución hipotecaria y consiguiente adjudicación en pública subasta desierta, la entidad financiera venda el inmueble en «un lapso de tiempo relativamente próximo» obteniendo una «plusvalía muy relevante» de la que no haga partícipe al deudor hipotecario tal y como prevé el artículo 579.2 b) LEC (FD 11). En dicha hipótesis que, advierte, no es la que le corresponde juzgar en el caso de autos, la aplicación del enriquecimiento injusto se fundaría en su configuración como principio general de Derecho y en su proyección técnica respecto del necesario control causal de las atribuciones y desplazamientos patrimoniales en el curso de las relaciones jurídicas. Estas matizaciones están en la línea de la reciente jurisprudencia [contenida, entre otras, en la sentencia de 8 de septiembre de 2014 (núm. 464/2014), en virtud de la cual pretende reforzar la justicia contractual que deriva de los principios de buena fe y de conmutabilidad del comercio jurídico, para superar una concepción meramente formalista y rigorista de los esquemas de aplicación del derecho de crédito y la responsabilidad patrimonial derivada (FD 11)]¹⁴⁰.

La importancia de este anuncio radicó en el hecho de que, históricamente, le había correspondido al Supremo (y no al legislador) *custodiar* y *velar* la máxima del Digesto: «Nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro» (D. 50, 17, 206, en el libro L, título XII, Ley 206, libro XII, título VI, ley 14: *iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletionem*), que pasó, en España, a las Partidas (Partida 7, 34, Ley 15) y que no se concretó en ningún precepto concreto del Código Civil. Así, según *los redactores del vigente Código Civil se vieron obligados por la Ley de Bases* a dar traslado del sistema romano de las *condictione* en artículos dispersos en el Código Civil¹⁴¹. Nada más publicarse esta sentencia, la novedad del anuncio de un posible cambio en la doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto

en ejecuciones hipotecarias causó un considerable revuelo mediático (lógico por otro lado) en el que se confundían, en parte, los *deseos* —tal y como se constata en las noticias aparecidas en los periódicos digitales en los que se afirma: «un banco se enriquece injustamente si logra una plusvalía alta por vender una casa ejecutada». Periódico *El Mundo* (20 de febrero de 2015); «El Supremo pone límites al lucro de la banca tras vender pisos embargados». *El País* (20 de febrero de 2015); «El Supremo admite que puede haber enriquecimiento injusto en las subastas de viviendas ejecutadas». *elEconomista.es*, (20 de febrero de 2015) y «El Supremo considera injusto que un banco gane mucho al vender una vivienda ejecutada». EF (24 de febrero de 2015)— con la *realidad*.

Sin embargo, y tratando de no caer en tal confusión ni en la tentación de convertir nuestras reflexiones en «panacea de charlatanes»¹⁴² y tras indagar en la fundamentación dogmática, jurídica, doctrinal y jurisprudencialmente de la doctrina sobre el enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias llegamos a la conclusión de que aún debemos permanecer a la espera de que el Tribunal Supremo se posicione definitivamente sobre el particular¹⁴³ aclarando las dudas que suscita su anuncio (¿cuando se considera que la plusvalía es «muy relevante»? ¿cuándo se entiende que ha pasado «suficiente lapsus de tiempo» entre la adjudicación y la venta del inmueble?, ¿resulta de aplicación, también, cuando el ejecutado «sea una empresa»? y en aquellas otras pendientes aún de respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a raíz de la devolución de las cantidades indebidamente cobradas —cuestión sobre la que reflexionaremos en otro lugar¹⁴⁴.

VI. CONCLUSIONES

Hallar el equilibrio entre (1) el funcionamiento eficiente del Mercado Hipotecario (y Financiero), (2) el respeto a las condiciones generales de la contratación y (3) la protección de los colectivos vulnerables en situación de exclusión social en la que se encuentran hoy no solo miles de consumidores/as, autónomos/as, y Pymes (o microempresas) nos parece una auténtica necesidad social que a falta de que lo haga el legislador debe lograr la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Han transcurrido más de veinte años (concretamente veintitres) desde que Europa nos invitó a trasponer el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en la contratación, con condiciones generales, con consumidores, según el cual «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» —un precepto que no se hallaba en las propuestas previas de la Directiva de 1990 y 1992 y que fue introducido

(aunque no traspuesto en España) por el temor (tal y como apuntó la doctrina alemana) de tratar de evitar que los jueces amparados por la Directiva se estimen competentes para llevar a cabo un control de equilibrio de precios—. A falta de una trasposición legal, a nuestro juicio necesaria a la luz de los debates doctrinales existentes a favor¹⁴⁵ y en contra¹⁴⁶ de su vigencia y a pesar de que aún España no ha traspuesto el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de manera similar a como han hecho otros legisladores europeos (tal y como ha sucedido recientemente en Reino Unido tras la aprobación de la nueva Consumer Rights Act de 26 de marzo de 2015 que viene a constituirse como una Ley General británica en defensa de los consumidores¹⁴⁷—); corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo reunida, en Pleno, aclarar y matizar el régimen jurídico aplicable al control de transparencia de creación judicial, europea y nacional.

Primera: Es imprescindible que el Legislador eleve a rango legal, zanjando las dudas y opacidades (objetivas, subjetivas, temporales y ineficacia), hoy plantea el control judicial y los controles de legalidad *ex ante* (bancario, notarial y registral) en la contratación con empresarios/as. Confiamos que en defecto de que el legislador acometa, en breve, esta importante cuestión, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo reunida en Pleno asuma su importante función de ser complemento del Ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil)

Segunda: Es imprescindible que el Tribunal Supremo haga más transparente las opacidades (dudas) que hoy enfrenta a la jurisprudencia menor (también a parte de la doctrina), en torno al ámbito: (1) *objetivo*, ¿dónde se residencia el control de transparencia: en la LCGC o del TR-LGDCU?, ¿qué efectos produce la no transparencia: nulidad o abusividad?, (2) *subjetivo*, ¿cualquier consumidor puede alegar falta de transparencia o solo el no cualificado?, ¿puede una mercantil (pyme o autónomo/a) invocar el doble control de transparencia de la STS de 9 de mayo de 2013?, (3) *competencial* ¿cual juzgado competente para conocer de la acción de nulidad de la cláusula suelo: el civil o el mercantil? y, (4) al régimen de ineficacias (¿cuáles son los efectos que produce la ineficacia o declaración de nulidad de la cláusula suelo tras considerarla no transparente: ¿la retroactividad hasta la fecha de la firma del contrato, la irretroactividad o la retroactividad retrospectiva —es decir, hasta la fecha de 9 de mayo de 2013, tal y como han sugerido las STS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015?); corresponde al intérprete y aplicador del derecho posicionarse sobre el particular.

Cuarta: Permanecemos a la espera de saber si el TS decidirá o no extender a la contratación entre empresarios o decida si aplicar su doctrina jurisprudencial consolidada sobre vicio-error consentimiento (que aplica a la contratación de productos financieros complejos) a la contratación entre empresarios. Confiamos que, además, de considerar la nulidad por no incorporación de la cláusula al contrato [*ex art. 5.5. 7.b) 1 LCGC*] extienda, también, su doctrina jurisprudencial (matizada) sobre el control de transparencia a la contratación entre empresarios/as teniendo en cuenta que la LCGC en la que debe residenciarse

el control de transparencia (tal y como dijo la STS, Sala Primera, 12 de junio de 2013, 8 de septiembre de 2014 (plenaria) y 2 de diciembre de 2014) es de aplicación a todo/a adherente sea o no consumidor/a. Incluso, nos gustaría pensar que está dispuesta a repensar, para aquellas cláusulas predispuestas sometidas al control de contenido, el posible control de abusividad en la contratación entre empresarios, aunque sea al menos de *lege ferenda* (desafío al que nos invitan los legisladores europeos y los textos europeos de referencia, particularmente el artículo 86 CSEL) y Propuesta Cuenca a los libros IV y V presentada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. También, creemos, que el Tribunal Supremo debería reconsiderar su doctrina sobre retroactividad retrospectiva (STS de 9 de mayo de 2013, 25 de marzo y 29 de abril de 2015) siguiendo las cláusulas reglas de la nulidad y no desoyendo los criterios anunciados ya por la propia Comisión Europea y antes de que el propio TJUE le enmiende la plana.

Quinta: Es imprescindible que el TS, a quien le corresponde velar doctrina jurisprudencial del Enriquecimiento injusto, se replantee su propia doctrina jurisprudencial sobre Enriquecimiento Injusto en Ejecuciones Hipotecarias (empresario/a no participe de dicha plusvalía (STS 13 de enero de 2015). Somos conscientes de que la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Pleno, parece estar dispuesta a «replantearse» su propia doctrina jurisprudencial sobre «enriquecimiento injusto» en «ejecuciones hipotecarias», «adjudicaciones» y «ventas con plusvalía» (STS, Sala Primera, 13 de enero de 2015). Una cuestión imprescindible particularmente cuando el adherente no es consumidor ni el préstamo hipotecario se destina a financiera la vivienda habitual; hipótesis en la que el empresario/a no dispone de remedio legal alguno que obligue a la entidad a hacerle partícipe de las plusvalías (pues es un supuesto desatendido el legislador obsesionado en darle respuesta, puntual y coyuntural, al consumidor/a). Si perversa nos resulta la aplicación conjunta de los privilegios conferidos artículos 671 y 759.1 LEC y los artículos 682 y 641 LEC para cuando el adherente no es consumidor/a aún mayor nos resulta cuando el adherente es empresario/a porque en su cualidad le es imposible alegar participar en las plusvalías generadas por la adjudicación y venta del local (hipotecado) ni la abusividad de la cláusula en cuestión. Una desatención legal que, confiamos, sea corregida por el velador de esta doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto que ha puesto fin a otros dramas sociales vividos en siglos pasados.

SENTENCIAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (STJUE)

- STJUE, Sala Primera, 14 de abril de 2016, resuelve los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, que tienen por objeto sendas peticiones de

decisión prejudicial planteadas con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, mediante autos de 27 de junio de 2014, advertía, con acierto, que el juez no puede suspender una acción individual para que se declare abusiva un cláusula porque se haya interpuesto una demanda colectiva». En la espera de que el legislador eleve a rango legal el contenido del fallo.

- STJUE 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 327).
- Conclusiones del Abogado General Eleanor Sharpston, de 19 de noviembre de 2015, Asto.: C-377/14: *Conclusiones en las que se plantea la posibilidad de que el juez examine de oficio la abusividad en el seno de un proceso concursal*.
- Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, de 11 de noviembre de 2015, Asto.: C-49/14: «*Cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores: Competencia del juez nacional para apreciar de oficio la ineficacia de una cláusula abusiva durante la ejecución de un requerimiento de pago*».
- STJUE, Sala Tercera, de 1 de octubre de 2015, Asunto: C-32/14: *Cláusulas abusivas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor: control notarial*.
- TJUE, Sala Novena, de 26 de febrero de 2015. Asto.: C-143/13: «*Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 93/13/CE. Cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por este*».
- Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón, de 25 de junio de 2015, Asunto: C-32/14: *Delimitación del control notarial en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesionales y consumidores*.
- STJUE, Sala Novena, 26 de febrero de 2015. Asto.: C-143/13: «*Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Directiva 93/13/CE. Criterios de apreciación: exclusión de las cláusulas referidas al objeto principal del contrato y a la adecuación del precio o la retribución, siempre que «se redacten de manera clara y comprensible»: exclusión: cláusulas que figuran en contratos de crédito celebrados entre un profesional y consumidores, que, por una parte, permiten al prestamista, bajo determinadas condiciones, modificar unilateralmente el tipo de interés y, por otra parte, prevén una «comisión de riesgo» percibida por este*».
- STJUE, Sala Novena, de 15 de enero de 2015. Asto.: C-537/13: «*Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: Directiva 93/13/CE: ámbito de aplicación: inclusión: estimación: abogado que presta, en el ejercicio de su actividad profesional un servicio jurídico a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados*».

- STJUE, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2014. Asunto: C-359/11 y 400/11: *Requisito de transparencia establecido en las Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE, en relación con la obligación de servicio universal que los Estados deben garantizar a favor de clientes vulnerables.*
- STJUE, Sala 6.^a, de 30 de abril de 2014. Asto.: C-280/13: «*La Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y los principios del derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores y al equilibrio contractual deben interpretarse en el sentido de que están excluidas de su ámbito de aplicación las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones.*».
- STJUE, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013. Asto.: C-92/11: *Contratos entre profesionales y consumidores con condiciones generales: Obligación de redacción clara y comprensible y de transparencia.*
- STJUE, Sala Primera, de 14 de marzo de 2013. Asto.: C-415/11: «*La legislación procesal española reguladora de la ejecución de bienes hipotecados, en contratos celebrados por consumidores, es contraria a la normativa comunitaria, al no prever la posibilidad de formular motivos de oposición fundamentados en el carácter abusivo una cláusula contractual que ha sido fundamento del título ejecutivo, ni permitir que el juez que conozca el procedimiento declarativo competente para estimar el carácter abusivo de la cláusula pueda adoptar medidas, como la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, destinadas a garantizar la eficacia de la decisión final.*».
- STJUE, Sala Primera, de 21 de marzo de 2013. Asto.: C-92/11: «*Contratos entre profesionales y consumidores con condiciones generales: Obligación de redacción clara y comprensible y de transparencia.*».
- STJUE, Sala Primera, de 14 de junio de 2012, Asto.: C-618/2010: *Intervención del órgano judicial en el proceso monitorio y su adecuación a la Directiva 93/13/CEE.*

TRIBUNAL SUPREMO (STS)

- STS, Sala Primera, 4 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 327). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, especialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio.
- STS, Sala Primera, 15 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4235). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, espe-

cialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio.

- STS, Sala Primera, 18 de septiembre (RJ 2015, 500). El Tribunal Supremo interpreta *la doctrina del enriquecimiento injusto y su aplicación práctica en supuesto de ejecución hipotecaria y posterior venta con plusvalía*.
- STS, Sala Primera, 16 de septiembre de 2015 (RJ 2015, 489). El Tribunal Supremo (en adelante TS) ha fijado una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la contratación de determinados productos financieros, especialmente respecto de las participaciones preferentes y los *swaps*, a través de la aplicación del error vicio.
- STS, 30 de abril de 2015 (RJ 2015, 1923). El TS recuerda que los empresarios no son consumidores por lo que no les resulta de aplicación la legislación de protección de consumidores, en un contrato concertado entre empresas o profesionales.
- STS, 28 de mayo de 2015 (RJ 2015). El TS recuerda que los empresarios no son consumidores por lo que no les resulta de aplicación la legislación de protección de consumidores, en un contrato concertado entre empresas o profesionales.
- STS, Sala Primera, 25 de marzo (RJ 2015, 139). *Confirmación de la doctrina sentada por la STS 2015, 138, 24 de marzo*.
- STS, Sala Primera, 24 de marzo de 2015 (RJ 2015, 138). *Denegación del efecto retroactivo de las cantidades indebidamente cobradas como consecuencia de la nulidad de una cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario*.
- STS de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1279).
- STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1280).
- STS de 25 de marzo de 2015. Sentencia Plenaria en la que el Tribunal Supremo determina la devolución de las cantidades indebidamente pagadas hasta la fecha de 9 de mayo de 2013.
- STS de 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5618). Analiza el control de transparencia en materia de cláusulas limitativas de la variabilidad del interés remuneratorio pactado en contratos de préstamo con garantía hipotecaria (las denominadas «cláusulas suelo»).
- STS, Sala Primera (Sección Pleno), de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 139). *«Falta de transparencia en cláusula suelo en préstamo hipotecario. No estimación del efecto retroactivo que, en principio, comportaría la sanción de nulidad de pleno derecho respecto de las cantidades ya pagadas: cuando en aplicación de la doctrina fijada en la sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013, se declare abusiva y, por ende, nula la denominada cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo con tipo de interés variable, procederá la restitución al prestatario de los intereses que hubiese pagado en aplicación de dicha cláusula a partir de la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013; aplicación para todo consumidor adherente, venga o*

no afectado por la acción colectiva de cesación y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación».

- STS de 11 de febrero de 2015 (RJ 2015, 70). *«Préstamo hipotecario: cláusula de redondeo de intereses al alza, perjuicio al consumidor al no ser negociada individualmente. Desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, debe tenerse por no puesta, nulidad parcial del procedimiento hipotecario instado».*
- STS, Sala Primera, 13 de enero de 2015. *El Tribunal Supremo matiza la postura tradicional de rechazo de aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto en materia de ejecución hipotecaria y anuncia que esta dispuesta a cambiarla su propia doctrina jurisprudencial.*
- STS de 2 de diciembre de 2014 (RJ 2014, 677).
- Auto 30 de octubre de 2014. El Supremo no entra en el fondo del asunto del recurso de casación planteado por una pyme que alega el control de transparencia.
- STS, Sala Primera, 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 464). *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario, no se observa que el predisponente incluyera los criterios precisos y comprensibles en orden a que los prestatarios pudieran evaluar, directamente, el alcance jurídico de la cláusula suelo respecto a la modulación de la oferta comercial que se realizaba. El alcance de las cláusulas suelo no formó parte de las negociaciones y tratos preliminares que se llevaron a cabo, ni tampoco resultó destacado y diferenciado, específicamente, ni en el marco de la oferta comercial realizada, ni en el contexto de las escrituras públicas de los préstamos hipotecarios: ausencia de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés mínimo en el momento de la contratación».*
- STS, Sala Primera, 28 de mayo de 2014. El Supremo ha denegado la condición de consumidor y la protección que dispensa la LGDCU y, en ocasiones la LCGC al abogado que compra un local que destina a su despacho.
- STS 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 3122). *«Criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Ausencia de incardinación en las previsiones legales específicas: indemnización no desproporcionadamente alta al compararla con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al vendedor. Cláusula penal establecida para el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y resto de pago del precio.*
- STS, 7 de abril de 2014 (núm. 16/2014). El Tribunal Supremo analiza la condición de no consumidor de un prestador de un servicio con prestación de gestión y asesoramiento de aspectos urbanísticos.

- STS, Sala Primera; 15 de abril de 2014 (RJ 2014, 214). «*Criterios para determinar el carácter abusivo de una cláusula que permite al vendedor la retención de cantidades entregadas a cuenta por el comprador en caso de resolución del contrato por incumplimiento del comprador. Ausencia de incardinación en las previsiones legales específicas: indemnización no desproporcionadamente alta al compararla con el valor de los daños y perjuicios efectivamente causados al vendedor. Cláusula penal establecida para el incumplimiento por el comprador de su obligación de comparecer al otorgamiento de la escritura pública y resto de pago del precio*».
- STS, Sala Primera, 10 de marzo de 2014. Denegación de la condición de consumidor en una empresa titular de una residencia de ancianos que contrata el mantenimiento preventivo con una empresa de ascensores
- STS de 11 de marzo de 2014 (RJ 2014, 152). «*Abusividad de las cláusulas predisuestas bajo condiciones generales, que expresamente prevean una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral de las partes. No permite la facultad judicial de moderación equitativa de la pena convencionalmente predispuesta, sin perjuicio del posible contenido indemnizatorio que, según los casos, pueda derivarse de la resolución contractual efectuada*».
- STS de 10 de marzo de 2014 (núm. 149/2014). El Tribunal Supremo, en un contrato de servicios para el mantenimiento preventivo de aparatos elevadores, en la que la parte receptora no ostenta la condición de consumidor.
- STS de 23 de julio de 2013. Denegación de la condición de consumidor en un empresario.
- STS, Sala Primera, 241/2013, de 9 de mayo: *Control de transparencia en el examen de la contratación con condiciones generales y su aplicación sobre las cláusulas suelo*.
- STS, Sala Primera, 18 de junio de 2012 (RJ 2012, 5966) sentencia que constituye el verdadero germen de la delimitación judicial del control de transparencia en la contratación seriada.
- STS, Sala Primera, 24 de septiembre de 2013. Denegación de la condición de consumidor en una sociedad cooperativa de viviendas que financia la promoción de las mismas
- STS, Sala Primera, de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 241). «*Cláusula suelo en préstamo hipotecario. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, ausencia de información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad. Efectos: nulidad de las cláusulas suelo*».

no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia. Condena a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas en la forma y modo en la que se utilizan y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo en la forma y modo en la que se utilizan, los contratos en vigor, seguirán siendo obligatorios para las partes en los mismos términos sin las cláusulas abusivas; eficacia no retroactiva de la sentencia».

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SAP)

- SAP, Sección 1.^a, Soria, 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 26). Declara la nulidad de la cláusula suelo y consiguiente no incorporación siendo el adherente una empresa.
- SAP Asturias, 1 de diciembre de 2015 (*RJ* 2016, 561). Declarar que la cláusula suelo es transparente.
- Auto AP Sevilla, Sección 5.^a, 15 de diciembre (*JUR* 2015, 80733). Declara la transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Zaragoza, Sección 5.^a, 19 de noviembre (*AC* 2014, 760). Declara la transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Ourense, Sección 1.^o, 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 344). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Coruña, Sección 3.^a, 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1331). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, 28 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.^o, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP de Huelva, Sección 3.^o, 21 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 648). A favor de estimar que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia con independencia de la cualificación y formación del consumidor). «*Cláusula suelo en préstamo hipotecario, falta de transparencia, cláusula contraria a la buena fe contractual, desequilibrio entre derechos y obligaciones. Eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida. Efectos: retroactividad, condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada cláusula*».
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SSAP Ourense, Sección 1.^o, 29 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 344). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.

- SAP Coruña, Sección 3.^a, 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1331). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, 28 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo a pesar de que en el contrato se advierte con claridad el carácter variable de la cláusula pero añade...» sin que el cliente fuera informado y conociera la realidad concreta de esta distribución de riesgos, posible según la redacción dada a la cláusula litigiosa».
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.º, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389) Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, 28 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo a pesar de que en el contrato se advierte con claridad el carácter variable de la cláusula pero añade... «sin que el cliente fuera informado y conociera la realidad concreta de esta distribución de riesgos, posible según la redacción dada a la cláusula litigiosa».
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.^a, 25 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1389). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo
- SAP León, 2 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Salamanca, 19 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Salamanca, 15 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Coruña, Sección 4.^a, 15 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1347). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3211). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Burgos, Sección 3.º, 13 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 374). Declara la falta de transparencia y la retroactividad.
- SAP Guadalajara, Sección 1.^a, 12 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo sin analizar las causas concretas del caso.
- SAP Albacete, Sección 1.^a, 6 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo sin analizar las causas concretas del caso.
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 6.^a, 25 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Asturias (Oviedo), Sección 5.^a, 20 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1288) Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Asturias, Sección 6.^a, 18 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.

- SAP Coruña, Sección 4.^a, 20 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 20 de mayo de 2015. Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo.
- SAP Coruña, Sección 4.^a, 15 de mayo de 2015. Declara la retroactividad de los efectos de la nulidad de cláusula suelo.
- SAP Barcelona, Sección 15.^a, 13 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3210). Declara la falta de transparencia de la cláusula suelo y la restitución de las cantidades a fecha de 9 de mayo de 2013.
- SAP de Valladolid, Sección 3.^a, 16 de marzo de 2015 (RJ 2015, 58). Audiencia a favor de considerar que para evaluar el control de transparencia se ha de atender a la comprensión y características personales del demandante. *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario: transparencia: no se ha fijado la cláusula suelo de forma aislada, sino que están todas ellas enlazadas y dentro de un contexto que las hacen transparentes máxime por un profesional inmobiliario».*
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 3.^a) de 21 de marzo de 2014. Concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.^a) núm. 340/2014 de 17 de julio de 2014. Concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor.
- SAP de Huelva, Sección 3.^a, 21 de marzo de 2014 (RJ 2014, 648). A favor de estimar que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia con independencia de la cualificación y formación del consumidor). *«Cláusula suelo en préstamo hipotecario, falta de transparencia, cláusula contraria a la buena fe contractual, desequilibrio entre derechos y obligaciones. Eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida. Efectos: retroactividad, condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada cláusula».*
- SAP de Huelva, Sección 1.^a, 18 de junio de 2013 (RJ 2013, 247830). *«Cláusula suelo. Consideración como condición general, predispuesta unilateralmente por la entidad bancaria, con ausencia de negociación individual. Condición que afecta a un elemento esencial del préstamo. Control de transparencia: ausencia de información al consumidor, cláusula de fijación de interés variable, desconectada de la cláusula suelo que lo convierte en interés fijo exclusivamente variable al alza, ausencia de información mediante simulaciones de escenarios diversos según el comportamiento del Euribor. Incumplimiento del control de transparencia. Extensión de la nulidad: no implica la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula. Nulidad de condiciones abusivas».*

- SAP de Jaén, Sección 1.^a, 27 de marzo de 2014 (RJ 2014, 1126). Audiencia a favor de estimar que resulta de aplicación la doctrina jurisprudencial sobre el control de transparencia con independencia de la cualificación y formación del consumidor). «Cláusula suelo en préstamo hipotecario, cláusula que no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés, pues la fijación de un tipo de interés mínimo del 3,5% y un máximo del 14% no supone un reparto equilibrado del riesgo entre ambas partes; efectos: nulidad de cláusula suelo y retroactividad».
- SAP de Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014 (RJ 2014, 185). «incumplimiento del deber de transparencia en una cláusula suelo en préstamo hipotecario. No aporta la entidad crediticia demandada ninguna prueba relativa a que le fuera entregado el folleto informativo con carácter previo, se observa falta de buena fe. Nulidad de la cláusula por abusividad, retroacción de la declaración de nulidad, restitución de las prestaciones derivadas de dicha cláusula».
- SAP Huelva, Sección 3.^a, de 21 de marzo de 2014 (RJ 2013, 151). «Cláusula suelo en préstamo hipotecario entre empresa y entidad bancaria, falta de transparencia, cláusula contraria a la buena fe contractual, desequilibrio entre derechos y obligaciones. Eliminación de la cláusula, pasando a fijarse los intereses a partir de la fórmula de tipo de variable contenida. Efectos: retroactividad, condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas de más, por la aplicación la citada cláusula».
- SAP Badajoz, Sección 3.^a, 17/2014, de 14 de enero: «nulidad de cláusula suelo, falta de prueba de la real y efectiva negociación individual y falta de transparencia. Irretroactividad de la sentencia».
- SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, 1/2014 de 8 de enero. «cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario, falta de la necesaria claridad y transparencia al ser explicada a los consumidores. Irretroactividad de la sentencia».
- SAP de Córdoba, Sección 1.^a, 444/2014 de 21 de octubre. «cláusula suelo en préstamo hipotecario, no supera el control de transparencia. Prestatario no consumidor. Cláusula que se predispone exclusivamente a favor de una de las partes, aprovechando su posición contractual de dominio, puesto que la prestataria no puede realmente optar por otras condiciones. Irretroactividad de la sentencia».
- SAP de Cáceres, Sección 1.^a, 140/2013 de 3 de junio. «Incumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula suelo en préstamo hipotecario. Empresa como entidad demandante, con la compraventa y arrendamiento de bienes inmuebles como objeto social. Inclusión de cláu-

sulas abusivas en los contratos de préstamo a interés variable, constituyen condiciones generales de la contratación impuestas por la entidad bancaria, incumplimiento de los requisitos de transparencia, establecidos por la jurisprudencia del TS, en la negociación».

- SAP de Córdoba, Sección 3.^a, 114/2013 de 18 de junio. «*Falta de transparencia de cláusula suelo inserta en préstamo hipotecario entre empresa y entidad bancaria. Falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato*».

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RDGRN)

- RDGRN 19 de febrero de 2016.
- RDGRN 22 de julio de 2015, cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, y dicha circunstancia es constatada por el Registrador que califica la escritura de hipoteca por consulta al «Servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad» les será denegada la condición de consumidor y la protección que dispensa la TRLGDCU.
- RDGRN 4 de febrero de 2015. Control registral de transparencia.
- DGRN 22 de julio de 2015. Control registral de transparencia.
- RDGRN 2 de septiembre de 2015. *Control registral de cláusulas abusivas (art. 579 de la LEC).*
- RDGRN 4 de febrero de 2015. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 22 de enero de 2015 *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 3 de octubre de 2014. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 25 de febrero de 2014. *Control registral de cláusulas abusivas.*
- RDGRN 5 de febrero de 2014. Control registral de transparencia.
- RDGRN 3 de octubre de 2014. *Suspensión inscripción de escritura de constitución de hipoteca inmobiliaria.*
- RDGRN de 29 de septiembre de 2014. *Suspensión de la inscripción de la escritura por no incluir la expresión manuscrita de los hipotecantes.*
- RDGRN de 18 de diciembre de 2013. *Adjudicación en virtud de subasta en ejecución hipotecaria: interpretación de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.*
- RDGRN de 13 de septiembre de 2013. *Denegación de inscripción de determinada cláusula de una escritura de préstamo con garantía hipotecaria.*
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Málaga núm. 1311/2014 de 30 de septiembre de 2014, sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba núm 14 de 18 de junio de 2013. Concede la nulidad de la cláusula suelo a quien no es consumidor.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2014). *Cláusula suelo, ¿se puede negociar con el banco?: anulación y retroactividad (doctrina, jurisprudencia y formularios)*, ed., Aranzadi.
- AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Habilitación de la DGRN a los registradores de la propiedad para ejercer un control de precios o el parto de los montes sobre la relación cuantitativa entre intereses moratorios y remuneratorios. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015 y de 10 de febrero de 2016, *Revista CESCO*, 19 de abril de 2016 (Disponible en, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/Habilitacion-de-la-DGRN-a-los-registradores-de-la-propiedad-para-ejercer-un-control-de-precios.pdf>) [consultado el 19 de abril de 2016].
- (2014). Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Centro de Estudios de Consumo. Universidad de Castilla-La Mancha*, pp. 1-13.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2009). *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y extranjera*, ed.: Thomson Cívitas.
- (1993). El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 618, pp. 1421-1486.
- ALFARO AGUILA-REAL, J. (2016). El juez no puede suspender una acción individual para que se declara abusiva un cláusula porque se haya interpuesto una demanda colectiva. Blog, Almacén De Derecho, entrada 14 de abril de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://derechomercantiles.elpanablogspot.com.es/search?updated-min=2016-01-01T00:00:00%2B01:00&updated-max=2017-01-01T00:00:00%2B01:00&max-results=50>
- (2016). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://almacenderecho.org/la-transparencia-de-las-clausulas-suelo-segun-las-audiencias-provinciales/>
- (2015). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://almacenderecho.org/la-transparencia-de-las-clausulas-suelo-segun-las-audiencias-provinciales/>
- (2015). La más reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo. Blog, Almacén De Derecho, entrada 17 de abril de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://derechomercantiles.elpanablogspot.com.es/2015/04/la-mas-reciente-sentencia-del-tribunal.html>
- (2015). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015.
- (2015). Blog Almacén de Derecho cláusula suelo, (entrada 4 de abril de 2016).
- (2015). El Supremo ¿aclarar? su sentencia sobre cláusulas-suelo en los préstamos hipotecarios, Blog, entrada en 12 de junio de 2013. Disponible en la siguiente URL <http://derechomercantiles.elpanablogspot.com.es/2013/06/el-supremo-aclarar-su-sentencia-sobre.html>
- (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2014). *Vivienda y crisis económica: (estudio jurídico de las propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*, ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

- ÁLVAREZ OLALLA, P., No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE, 1 *Aranzadi Civil-Mercantil*, 11 (2013), pp. 51- 60.
- (2015). El Tribunal Supremo matiza su negativa a la aplicación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto en caso de adjudicación al ejecutante de inmueble hipotecado y posterior venta a tercero, a mayor precio que el importe de dicha adjudicación. *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 2, editorial Aranzadi, SA, Cizur Menor, pp. 1-8.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2008). Combatir las cláusulas abusivas, *Notarios y Registradores* (art. electrónico), disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/combatirlasclausulasabusivas.htm>
- BARRAL VIÑAS, I. (2015). ¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: El control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios. *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril de 2015, pp. 25-69.
- (2012). *El cliente y el consumidor de servicios financieros de préstamo hipotecario. Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, ed., Marcial Pons, 2012, pp. 473 y sigs.
- (2007). Del consumidor destinatario al consumidor —no experto— en la contratación en masa, *Revista Catalana de Dret Privat*, Revista de la Societat Catalana dEstudis Jurídics- Institut dEstudis catalans, 2007, núm. 7.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2006). Cláusula de reducción de plazos de garantía y de ejercicio de derechos, en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria*, coord. Ana Cañizares Laso, ed., Tecno, Madrid, pp. 296-297.
- (2000). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Elcano, Navarra, pp. 265-266.
- (1999). Comentarios a la Disposición adicional primera, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999., pp. 753 y sigs.
- BLANCO GARCÍA, A. I. (2013). Control de oficio de las cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7, pp. 195-217.
- CABRERA PORTILLO, E. y ABASCAL ROJAS, T. (2014). El concepto de consumidor y la aplicación del control de transparencia en los procedimientos de cláusula suelo. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y análisis de la jurisprudencia dictada con posterioridad, *Revista Aranzadi Doctrinal número 5/2014 BIB 2014/304*
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias, desequilibrios e ineficacias de las cláusulas abusivas, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, pp. 553-643.
- (2014). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?, *Libro Homenaje al Prof. José María Miquel*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2013). El control de cláusulas abusivas sobre el precio: De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo, *CESCO*, 6.
- (2011). Comentarios al artículo 87 TRLGDCU, en Cámara Lapuente, S. (Dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, Colex.
- (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, Cizur Menor.

- CANO SALLARÉS, M.^a P. (2013). La cláusulas de limitación al pago de interés (cláusula suelo). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y sus efectos jurisprudenciales, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, p. 120.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2013). *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, ed., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 118 y sigs.
- CARRASCO PERERA, A. (2016). No cesan las pruebas del absurdo pensamiento único sobre las cláusulas suelo, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 13 de mayo de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/No-cesan-las-pruebas-del-absurdo-pensamiento-unico-sobre-las-clausulas-suelo.pdf>
- (2015). Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que les entregaron, *Revista CESCO*, Fecha de publicación: 17 de abril de 2015.
- (2014). Cláusula suelo, nuevamente a las puertas de la casación, *Revista CESCO*, Fecha de publicación: 3 de marzo de 2014.
- (2011). *Derecho de contratos*, Aranzadi, pp. 801 y sigs.
- (2001b). ¿Acciones de clase en el proceso civil?, *Aranzadi Civil*, núm.1, 2001, pp. 1895-1912.
- (2007). Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores, en *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución*, (Dir. Delgado), Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- (2007b). Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores, en *Las nulidades en los contratos: un sistema en evolución* (Dir. Delgado), Aranzadi, 2007, p. 182.
- CATENA REAL, R. (2014). Las recientes reformas legislativas ante la problemática planteada por los deudores hipotecarios. ¿Son suficientes?, *Diario La Ley*, núm. 8428, Sección Doctrina, ed. La Ley, pp. 1-20.
- CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, L. M.: Intereses remuneratorios, abusividad y calificación registral. *El Blog de Luis Cazorla*. Disponible en <http://luiscazorla.com/2015/10/intereses-remuneratorios-abusividad-y-calificacion-registral/> [consultado el 6 de abril de 2016].
- CLAVERÍA GOSALVEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, p. 19.
- COHEN BENCHERIT, A. (2014). Medidas cautelares en procesos relativos a Condiciones Generales de la Contratación, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 2, ed. El Derecho, pp. 1-8.
- CORDERO LOBATO, E. (2013). Y ahora viene lo difícil: ¿cómo controlar en el ejecutivo hipotecario el carácter abusivo de una cláusula?, *CESCO*, 5 (2013), pp. 26-34.
- CRUZ GALLARDO, B. (2014). Principios Hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores, ed., La Ley, Las Rozas (Madrid).
- DE CASTRO, F. (1975). *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes*, ed., Cívitas, Madrid, 1975.
- DE TORRES PEREA, J. M. (2014). Nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación, *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, pp. 23-62.
- DEL REY BARBA, S. (2014). La calificación registral de las cláusulas abusivas en las hipotecas, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema*

- legal, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M. (Dir.), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 227-265.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2013). El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2013. *Diario La Ley Unión Europea*, núm. 5, ed. La Ley, pp. 1-20.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN. L. (1996). *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (Dir. Nieto Carol) Valladolid, Lex Nova, 2000, pp. 485-486.
- DURANY PICH, S., Comentario al artículo 5 LCGC, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Menéndez, A., Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro, J. (coord.), Madrid: Civitas, 2002.
- ESTEBAN-HANZA NAVARRO, E. (2014). El significado e importancia del valor de tasación en la ejecución hipotecaria, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, (Dir., Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M.), ed. Tirant lo Blanch, pp. 677-697.
- FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. (2015). Cláusulas suelo y control de transparencia: ¿también cuando el prestatario es empresario?, blog 4 de febrero de 2015, disponible en <http://hayderecho.com/2015/02/04/clausulas-suelo-y-control-de-transparencia-tambien-cuando-el-prestatario-es-empresario/>.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2013). *La defensa de los consumidores en las ejecuciones hipotecarias. Una aproximación desde el Derecho comunitario*, ed., Bosch, 2013.
- GARCÍA ABURUZA, M.^a P. (2015). Enriquecimiento injusto y ejecución hipotecaria: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, ed. Aranzadi, SA, Pamplona, pp. 1-10.
- GARCÍA AMEZCUA, A. J. (2014). La reforma de la venta extrajudicial de los bienes hipotecados, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal.*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M. (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 799-829.
- GARCÍA- VILLARRUBIA, M. (2014). La retroacción de efectos derivada de la nulidad contractual. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, núm. 17, pp. 1 y sigs.
- 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, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, Madrid ISSN 1695-1085, núm. 26, enero-junio, p. 324.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del C. (2014). La falta de transparencia en la segunda STS sobre Cláusula Suelo (Comentario a la STS de 8 de septiembre de 2014 y a su voto particular), *Revista CESCO*, fecha de publicación, 6 de noviembre de 2014.
- (2014b). Cláusula Suelo: la falta de transparencia es causa de nulidad distinta de la abusividad alegada y su eventual apreciación de oficio existe una vía que garantice la contradicción de las partes (STS de 13 de noviembre de 2014), MP SR. SANCHO GARRARDO, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 21 de noviembre de 2014.

- GONZÁLEZ PACANOSWCA, I. (1999). Comentario al artículo 7. No incorporación en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 235 y sigs.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, pp. 4253-4279.
- JIMÉNEZ DE LUCAS, I. (2015). *Productos tóxicos bancarios*, ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- LÓPEZ CÁNOVAS, Á. (2015). La sentencia del Tribunal Supremo núm. 139/2015, de 25 de marzo, denegatoria del efecto restitutorio de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, pp. 1-6.
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A. (2014). Lo que oculta el debate sobre las cláusulas abusivas en la hipoteca: el producto insuficiente del artículo 579 LEC, *Diario La Ley*, núm. 8315, Sección Tribuna, ed. La Ley, pp. 1-13.
- MARTÍN EBERS (2012). El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *InDret* 1/2012, pp. 1-46.
- MENÉNDEZ, A. y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord., Jesús Alfaro Águila Real) (2012). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ed., Cívitas, S.L., Madrid, 2002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2002). Comentario al artículo 8 LCGC, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, (Dir. Aurelio Méndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed., Cívitas, S.L., Madrid, pp. 428 y sigs.
- Reflexiones sobre las condiciones generales, en *Estudio Homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV.
 - (2000). Comentarios al artículo 8 LCGC, en Menéndez, A., Díez-Picazo, L. (dirs.), Alfaro, J. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación* (Madrid: Civitas, 2002), p. 911.
 - Comentarios a la DA 1a de la LCGC, en Menéndez, A., Díez-Picazo, L. (dirs.).
 - Comentarios al artículo 7.1 del Código Civil, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
 - La nulidad de las condiciones generales, en *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 193-223.
 - Condiciones Generales Abusivas en los Préstamos Hipotecarios, *RJUAM*, núm. 27, 2013-I, pp. 223-252.
 - Comentario al artículo 82 TR-LGDCU, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, S. Cámara (Dir.), Madrid, 2011, pp. 768-788.
 - La transmisión de la propiedad y la autonomía privada, *Diario La Ley*, núm. 7765, 2011.
- MORENO GARCÍA, L. (2015). *Cláusulas suelo y control de transparencia: tratamiento sustantivo y procesal*, ed., Marcial Pons.
- OLAIZOLA MARTÍNEZ, F. (2013). El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas, *El notario del siglo XXI*, núm. 49.
- ORDUÑA MORENO, Fco. J. (2013). Control de transparencia y cláusulas suelo, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 871, 2013, BIB 2013/2108.
- ORDUÑA MORENO, Fco. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R. (2016). *Control de Transparencia y contratación Bancaria*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

- PASQUAU LIAÑO, M. (1999). Comentario a los artículo 9 y 10 de la LCGC, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir., Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) ed., Aranzadi, Madrid, 1999, pp. 284 y sigs.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2015). La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. *Revista Aranzadi Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 2, pp. 1-11.
- (2013). La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista La Ley*, 5138/2013, Diario la Ley núm. 8154, 23 de septiembre de 2013, pp. 5 y sigs.
- (2004). *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004.
- (2011). Comentario al artículo 80, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (Dir. Cámara, Colex, 2011, pp. 696 y sigs.
- (2012). Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, *Aranzadi Civil-mercantil*, num. 9/2012.
- (2013). Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario, *InDret*, 2013.
- (2013). La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS de 9 de mayo de 2013, en *Diario La Ley*, núm. 8154, 2013.
- PLAZA PENADÉS, J. (2013). 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, *Diario La Ley*, núm. 8112, 2013.
- PUIG MATEU, J. (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre de 2013, pp. 157-162.
- RALUCA STROIRE, J. (2016). Algunos Tribunales consideran con razón que las cláusulas suelo son transparentes como el agua, *Revista CESCO*, Fecha de Publicación, 15 de febrero de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Algunos-tribunales-consideran-con-razón-que-las-cláusulas-suelo-son-transparentes.pdf>
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, L. (2014). El papel del notario en la información al consumidor. Especial referencia a las cláusulas de los préstamos hipotecarios, en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete, M. (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 267-276.
- ROSALES DE SALAMANCA RODRÍGUEZ, F. (2014). Cláusula suelo y diseño gráfico notarial, *Notario Francisco Rosales de Salamanca Rodríguez* (art. electrónico), disponible en <http://www.notariofranciscorosales.com/clausula-suelo-y-diseno-grafico-notarial/> pp. 1-4.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M. (2015). Comentarios a las sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 24 y 25 de marzo de 2015, disponible en: <http://www.pgprocuradores.com/blog/comentarios-ultimas-sentencias-ts-clausulas-suelo/>
- Comentarios a la sentencia de la Sala 1a del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, *Revista de Derecho vLex*, núm. 141, febrero de 2016 (ed. digital).

- SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2014). La «contratación bajo condiciones generales de la contratación» frente a la «contratación por negociación. Sus mecanismos específicos de control: abusividad y transparencia. La eficacia contractual resultante tras la declaración de abusividad: análisis doctrinal al hilo de la STS de 11 de marzo de 2014, referida al contrato de mantenimiento de ascensores, Diario La Ley, núm. 8333.
- (2013). 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», Diario La Ley, núm. 8112.
 - (2013). Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, Diario La Ley, ISSN 1138-9907, núm. 8081.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia tras las SSTS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 (¿Hay que «repensar» el régimen de ineficacias del control de transparencia»), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8 (agosto).
- (2016). El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia, *Revista Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7 (julio).
 - (2016). Algunas «opacidades» y «transparencias» en el control de transparencia e ineficacia de la cláusula suelo (también en la contratación entre empresarios), *RCDI*, núm. 755, mayo-junio.
 - (2016). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100.
 - (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la unificación y articulación del concepto de incumplimiento, *Estudios del Contrato de Compraventa (Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán)* Thomson Reuters Aranzadi, S.A., pp. 171-210. ISBN: 978-84-9098-889-3.
 - (2015). Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES), en *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete (Dir.), ed.: Thomson Reuters, Aranzadi, S.L., pp. 41-80.
 - (2015). Cláusulas suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresas (autónomos, microempresas y pymes), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, pp. 681-732.
 - (2015). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100, pp. 133-168.
 - (2015). Mercado Hipotecario y protección al ciudadano: el presente y futuro del mercado hipotecario, *Revista Colegio Registradores*, núm. 72, abril-junio de 2015, ed., V época, pp. 52-54.
 - (2014). Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos), en *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal.*, Sánchez Ruiz de Valdivia, I., y Olmedo Cardenete (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-79.
 - (2013). ¿Europa pone en jaque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria?, *Libro en Homenaje a José María Miquel González*, ed., Thomson Reurs Aranzadi, pp. 3192-3221.

- (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 662, pp. 3097-3142.
- (2013). Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos, *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2329-2352.
- (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *RCDI*, núm. 662, pp. 3097-3142.
- (1999). *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización y edificación*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- (1998). El Estatuto jurídico de la propiedad urbana y sus repercusiones sobre la financiación con crédito hipotecario del proceso urbanístico, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDU)*, pp. 63-118.
- (1996). *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, editorial McGraw-Hill.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (2015). *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed. Thomson Reuters, Aranzadi.
- (2014). *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2015). Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE, en *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed., Thomson Reuters, Aranzadi.
- SERRANO NICOLÁS, A. y SANCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible revisión de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales, *Revista de Derecho vLex*, núm. 143. Disponible en la URL: <http://vlex.com/vid/imprescindible-revision-pymes-doctrina-632310529>.
- SERRERA CONTRERAS, P. L. (2013). Algunas reflexiones en torno a la Ley de Protección de Deudores Hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, pp. 191-202.
- TORRES PEREA, J. DE (2014). Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación. *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, pp. 23-62.
- YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada: especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 8419, 2014.
- ZUGASTI CABRILLO, P. (2015). Clausulas suelo en hipotecas de empresas, blog 16 de marzo de 2015, disponible en <http://zugastiabogados.es/clausulas-suelo-en-hipotecas-de-empresas-2/>.

NOTAS

¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Enriquecimiento injusto..., *cit.*, pp. 133 y sigs.

² BENAVIDES FERÁNDEZ, M. (2014). Cláusulas suelo y control de transparencia ¿también cuando el prestatario es empresario?, 4 de febrero de 2015, Blog Jurídico ¿Hay Derecho?, advierte, sumándose al Auto citado, diciendo que, «creo que esta es la interpretación más acertada. Desde el punto de vista del adherente, no resulta coherente que el ordenado empresario (art. 224 de la LSC), a quién el ordenamiento jurídico exige una diligencia superior a la del buen padre de familia, pueda actuar en el tráfico mercantil cobijándose bajo el «paraguas» de protección del consumidor. Y desde la perspectiva de las entidades bancarias, no parece razonable exigirles que actúen del mismo modo (siguiendo los mismos estándares informativos), cuando conceden financiación a una familia para la adquisición de vivienda, que cuando suscriben un préstamo con una sociedad mercantil para financiar la compra de un nuevo local o ampliar su negocio»... y concluye el autor... «En definitiva: cuando el deudor hipotecario es un empresario (y el préstamo fue suscrito en el ámbito de su actividad comercial) la cláusula suelo no puede ser declarada nula en aplicación de los estrictos parámetros del doble control de transparencia, sin perjuicio de que la nulidad pueda derivarse de las reglas generales sobre consentimiento contractual, al igual que ocurriría con cualquier otro pacto privado entre particulares».

³ Varias ocasiones ya hemos mostrado nuestra preocupación por la contratación entre empresas y la grave situación de exclusión social a que están condenados. La más reciente, al hilo de nuestro trabajo en la obra colectiva fruto del que constituyó el I Congreso Nacional sobre desahucios y ejecuciones hipotecarias que celebramos en Granada, los días 13, 14 y 15 de mayo de 2013 (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). Alternativas ante el drama social y el problema legal que plantean los desahucios y las ejecuciones hipotecarias en los consumidores. También en las empresas (PYMES, emprendedores y trabajadores autónomos), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social y un problema legal* (Dirs. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE (Dir.), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-79. De hecho, en la presentación pública de dicha obra hicimos pública nuestra intención de dedicar el que constituirá el II Congreso Nacional sobre «Presente y Futuro del Mercado Hipotecario, La Segunda Oportunidad para Consumidores y Empresas», organizado por la Facultad de Derecho y la Cátedra de Derecho Registral, que se celebrará en Facultad los días 8, 9 y 10 de abril de 2015, *vid.*, también nuestro trabajo, «¿Europa pone en jaque el procedimiento de ejecución hipotecaria español?», en *Homenaje a José María Miquel González*, coordinados por D. José Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, S.A., Madrid, 2014, pp. 3192-3221 y Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos ahorradores, *RCDI*, núm. 738, julio-agosto de 2013, pp. 2329-2352.

⁴ Pocos son quienes públicamente han mostrado su preocupación por las PYMES. Magistralmente lo hace, J., ALMAGRO NOSETE, J. (2013). Un auto "pionero", abierto a grandes horizontes (Ejecución hipotecaria inmobiliaria), *Diario La Ley*, núm. 8088, Sección Columna, 22 de mayo de 2013, pp. 1-8.

⁵ Que según los datos emitidos por el Banco de España y visto que el importe total al que asciende el crédito hipotecario a los hogares españoles para la adquisición y rehabilitación de viviendas representa el 65% del PIB.

⁶ MAROTO ACÍN, J. A. (2015). Rasgos (preocupantes) de la financiación bancaria a las empresas industriales, *Registadores*, núm. 72, abril-junio de 2015.

⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M. (2015). *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, ed., Thomson Reus Aranzadi, S.A.

⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2013). Los REITs (Real Estate Investment Trust) y los Fondos de Inversión Inmobiliaria: alternativas a la crisis económica que vive el sector para los pequeños y medianos, *RCDI*, núm. 738, 2013, pp. 2329-2352.

⁹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). La cláusula suelo en la contratación, con condiciones generales, entre empresarios (autónomos, microempresas y pymes), (titulado en la

versión digital Hay que repensar la contratación, con condiciones generales, entre empresarios, *RCDI*, núm. 748, marzo-abril de 2015, pp. 681-732 y SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Crisis económica y Mercado Único hipotecario: transparencia, ineficacia, y segunda oportunidad para consumidores/as y empresarios/as (autónomos, microempresas y PYMES), *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad* (Dir. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE), ed. Thomson Reuters, Aranzadi, S.A., pp. 41-80. ISBN:978-84-9098-0507.

¹⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). El Observatorio Europeo del Mercado Hipotecario, *REDES*, núm. 4, pp. 212-239.

¹¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015), Mercado Hipotecario y protección al ciudadano: el Presente y futuro del mercado hipotecario, *Revista Colegio Registradores*, núm. 72, abril-junio de 2015, ed., V época, pp. 52-54.

¹² SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100, pp. 133-168.

¹³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia tras las SSTS de 25 de marzo y 29 de abril de 2015 (¿Hay que «repensar» el régimen de ineficacias del control de transparencia), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8, agosto y, El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7, julio.

¹⁴ En dicho estudio analizaremos las ocho cuestiones prejudiciales que han planteado ya los jueces de primera instancia y que se encuentran en espera de que el y en la espera de que el TJUE se pronuncie sobre la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de la cláusula suelo declarada abusiva y la restitución de los intereses indebidamente cobrados, con lo que dice el Derecho UE sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. La primera cuestión prejudicial fue planteada, en nuestra ciudad, Granada, por el Juzgado de lo mercantil, número 1, en virtud del Auto de 25 de marzo de 2015 en juicio ordinario 56/2014, que dio lugar al asunto de referencia en la actualidad, el C-154/15, las dos siguientes se plantearon en Alicante (AP Alicante, Secc. 8.ª, 10 de junio de 2015, rec. 52/2015, y 14 de junio de 2015), que han dado lugar a los asuntos C-307/15 y C-308/15), otra en Castellón (AP Castellón, Sección 3.ª, 14 de septiembre de 2015 como C-349/15)—, otra en Zamora (Audiencia Provincial de Zamora, Secc. 1.ª, 13 de julio de 2015, publicado en DOUE de 14 de septiembre de 2015 como C-381/15), (5) otra en Cantabria (AAP Santander, Secc. 4.ª, 17 de julio de 2015 como C-431/15), otra en Álava (en virtud del Auto de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava de 22 de septiembre de 2015) y la última, hasta la fecha, en la Coruña (en particular, en la AAP A Coruña, Secc. 6.ª, 4 de enero de 2016 —que en la actualidad está pendiente de admisión por el TJUE, en términos muy semejantes a las cuestiones planteadas por la Audiencia Provincial de Alicante—. Sobre el particular, *vid.*, RODRÍGUEZ ACÚTEGUI, E. (2016). Las cuestiones prejudiciales sobre cláusulas suelo en enero de 2016, blog, enero de 2016, disponible en <https://veronicadelcarpio.wordpress.com/2016/01/28/tjue/>

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 172 y sigs.

¹⁶ BARRAL VIÑALS, I. (2015). ¿Abusivas por falta de transparencia (bancaria)?: el control de incorporación y las cláusulas suelo en préstamos hipotecario, *RDP*, ISSN 0034-7922, Año núm. 99, Mes 3-4, 2015, pp. 25-70 y CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias..., *cit.*, p. 608, quien a nota a pie de página en el número 180 nos remite a la doctrina que parece compartir esta tesis (entre la que nos cita al conocer nuestro trabajo en fase de revisión de pruebas. También, ZUGASTI CABRILLO, P. (2015). Cláusulas suelo en hipotecas de empresas, blog 16 de marzo de 2015, disponible en <http://zugastiabogados.es/clausulas-suelo-en-hipotecas-de-empresas-2/>

¹⁷ SÁNCHEZ MARTÍN, C. (2013). El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas. Su aplicación en la STS 241/2013, de 9 de mayo, sobre cláusulas

suelo en préstamos con garantía hipotecaria, *Actualidad Civil*, 29 de mayo, Editorial LA LEY. Diario La Ley, núm. 8092. Desde hace tiempo ya este último hacía públicas sus dudas sobre el particular, advirtiendo que, «... a la vista del planteamiento que hasta ahora ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo esta condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores... Recordemos que la falta de transparencia que se le reprocha a las entidades financieras en relación a la inclusión de la cláusula suelo no se refiere a la transparencia interna de la cláusula, es decir, a su claridad o comprensibilidad, sino a la «transparencia real» (incidencia que ha podido tener al incluirla defraudando la expectativa legítima el adherente (insistimos, persona física o jurídica, consumidor o empresarios) sobre la oferta, siendo «contraria a la buena fe»... «a la vista del planteamiento que hasta ahora ha desarrollado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, será necesario precisar si este control de transparencia tiene su verdadero fundamento en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, y, en consecuencia, su ámbito de aplicación se ampliaría al de la contratación bajo esta condiciones, con independencia de la condición de consumidor del adherente, o si, por el contrario, como parece deducirse de la sentencia dictada por el Pleno el 9 de mayo, se trataría de un control limitado a los contratos con consumidores»

¹⁸ SERRANO NICOLÁS, A. y SANCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible revisión de la doctrina del TS sobre los controles de incorporación y transparencia en la contratación seriada con condiciones generales, *Revista de Derecho vLex*, núm. 143. Disponible en la URL: <http://vlex.com/vid/imprescindible-revision-pymes-doctrina-632310529>. ORDUÑA MORENO, Fco. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R. (2016). *Control de Transparencia y contratación Bancaria*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 172-189.

¹⁹ *Vid.*, también, CLAVERÍA GOSALVEZ, L. H. (2014). La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, p. 19 e, YÁÑEZ DE ANDRÉS, A. (2014). Autónomos y pequeños empresarios en la contratación seriada: especial referencia a las cláusulas suelo en los préstamos bancarios, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, núm. 8419, 2014. ZUGASTI CABRILLO, P. (2015). Cláusulas suelo en hipotecas de empresas, blog 16 de marzo de 2015, disponible en <http://zugastiabogados.es/clausulas-suelo-en-hipotecas-de-empresas-2/>.

²⁰ El pasado 18 de mayo de 2016 el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona nos invitó a participar, junto a otros compañeros/as de civil y mercantil, en una mesa redonda junto al Letrado Asesor del Gabinete técnico del Tribunal Supremo, Carlos MARTÍN SÁNCHEZ. Con nuestro sincero agradecimiento a Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, abogado de Barcelona, director de FAMILIX y moderador del debate, y felicitándole por la iniciativa que contó con la participación activa en el debate de más de 200 abogados/as asistentes al acto, *vid.*, <http://www.icab.cat/?go=ef9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb1a58854a600312cc2d373401687f1ddf3b1f7df398c8842>.

²¹ CÁMARA LAPUENTE, S. (2015): *Transparencias, desequilibrios e ineficacias de las cláusulas abusivas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, p. 608, quien a nota a pie de página en el número 180 se remite a la doctrina que viene abriéndose paso en esta tesis (en la que cita a varios trabajos que han sido publicados en marzo de 2015 —entre el que se encuentra nuestro tercer trabajo que no es sino un desarrollo y profundización de dos anteriores publicados en (2013). ¿Europa pone en jaque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria?, *Libro en Homenaje a José María Miquel González*, ed., Thomson Reurs Aranzadi, pp. 3192-3221 y (2014): «Alternativas...», pp. 57-79.

²² CARRASCO PERERA, A (2016). No cesan las pruebas del absurdo pensamiento único sobre las cláusulas suelo, *Revista CESCO*, fecha de publicación, 13 de mayo de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/05/No-cesan-las-pruebas-del-absurdo-pensamiento-unico-sobre-las-clausulas-suelo.pdf>

²³ Sobre el particular, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). El Sistema de Remedios por incumplimiento en los textos europeos de referencia, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7 (julio). Respecto a la unificación del sistema de remedios en los textos europeos de referencia, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la unificación y articulación del concepto de incumplimiento, *Estudios del Contrato de Compraventa* (Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán) Thomson Reuters Aranzadi, S.A., pp. 171-210. ISBN: 978-84-9098-889-3.

²⁴ Acerca de la triple tesis doctrinal defendida, tradicionalmente, en nuestra doctrina acerca del control de contenido no remitimos a lo dicho en otro lugar SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Cláusula suelo..., *cit.*, p. 700.

²⁵ En opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez-Picazo y Ponce de León), ed., Cívitas, S.L., Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia», Comparten esta opinión, ALFARO AGUILA DEL REAL, J. (2000). El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas, *RJC*, pp. 14 y sigs.

²⁶ En este sentido, ORDUÑA MORENO, *op. cit.*, 19.

²⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K.J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cívitas, 2009, pp. 10 y sigs.

²⁸ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). «Hay que repensar...», *cit.*, p. 700, siguiendo la opinión de BERCOVITZ. Y es que, tal y como decía ALFARO AGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, p. 81: «Hablar de régimen jurídico de las condiciones generales es hablar de control de contenido». Una ley de condiciones generales que eluda este control es un cascarón vacío.

²⁹ A favor de considerar que en la contratación entre empresarios la protección que dispensan las normas generales es, en principio, suficiente, se muestra en nuestra doctrina, Klaus Jochen ALBIEZ DOHRMANN (2009), *La protección jurídica...*, *cit.*, pp. 177 y sigs.

³⁰ Según José María Miquel González, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, 2011, p. 1882, este control específico de las condiciones generales en contratos con adherentes empresas se residencia en el deber de buena fe como fuente de integración del contrato, en virtud del artículo 1258 del Código Civil. Así, se ha observado que la buena fe es una norma objetiva que incorpora contenidos contractuales que se sobreponen incluso a la voluntad de una de las partes y a partir de ahí se llega con toda lógica a la conclusión de que «no hay una gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes» (el predisponente). Se convierte así la buena fe del artículo 1258 del Código Civil en una norma modeladora del contenido del contrato, capaz no solo de integrar el contrato con contenidos no pactados, sino de expulsar del mismo cláusulas no negociadas que sean injustas, también en contratos entre empresas. En opinión de PERTIÑEZ VILCHEZ, F. (2013), *Tratado de Contratos*, Valencia, p. 1881, en esta hipótesis, en la contratación entre empresas, se sujetará a las normas generales de nulidad contractual.

³¹ Tradicionalmente este principio proyecta sus efectos sobre el principio de integración del contrato, conforme al artículo 1258 del Código Civil, la *interpretación contra stipulatorem*, del artículo 1288 del Código Civil y la interpretación contractual, conforme al artículo 1289 del Código Civil para saber si existe mayor o menor reciprocidad de intereses.

³² ORDUÑA MORENO, Fco. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., y GUILLÉN CATALÁN, R. (2016). *Control de Transparencia y contratación Bancaria*, ed., Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 33-34.

³³ Dictada en sesión plenaria cuando era presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (hoy magistrado del Tribunal Constitucional) D. Juan Antonio Xiol Ríos.

³⁴ *RJ* 2012, 5966. También en las SSTs, Sala 1.^a, 22 de diciembre de 2009, 17 de junio de 2010.

³⁵ Desde la llamada de atención que desde Europa se hizo a España, el Supremo recoge en buena medida gran parte de la jurisprudencia comunitaria. Sobre las novedades y la revolución que ocasionó en el panorama judicial la referida sentencia, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2014). ¿Europa pone en jaque nuestro procedimiento de ejecución hipotecaria?, *Libro en Homenaje a José María Miquel González*, ed., Thomson Reurs Aranzadi, S.L. pp. 3192-3221.

³⁶ En préstamos concertados por consumidores en el marco de ocho acciones de nulidad individuales de contratos de préstamos hipotecario concertados y que alude al control de transparencia real. Ponente Excmo D. Francisco Javier ORDUÑA MORENO.

³⁷ La primera de las sentencias resuelve negativamente un recurso de casación que solicitaba del TS que revocara su propia doctrina sobre el control de transparencia de las cláusulas abusivas. En esta sentencia, el TS nos insiste en determinar que el control de transparencia cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica, tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

³⁸ *RJ* 2015, 1279.

³⁹ *RJ* 2015, 1280.

⁴⁰ Publicadas ambas, pese a la fecha del fallo, el 17 de abril de 2015.

⁴¹ *RJ* 2014, 5771.

⁴² A través de esta sentencia el Supremo recuerda que la abusividad ha de ser objeto de contradicción entre las partes. En concreto, resulta enormemente ilustrativo el FD Tercero, apartado 3 *in fine*, la metodología que debe seguirse para analizar si estamos ante una cláusula abusiva o no.

⁴³ *RJ* 2014, 677.

⁴⁴ *RJ* 2015, 138.

⁴⁵ *RJ* 2015, 5618. En la que realiza un pormenorizado estudio en su Fundamento de Derecho cuarto de la jurisprudencia dictada por la propia Sala del TS y por el TJUE, recordando la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores y, en especial, de aquellas que regulan los elementos esenciales de los contratos, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación.

⁴⁶ Sobre el particular, *vid.*, ALFARO AGUILA-REAL, J. (2016). La transparencia de las cláusulas-suelo según las Audiencias Provinciales, Blog, entrada en 22 de junio de 2015. Disponible en la siguiente URL: <http://almacendederecho.org/la-transparencia-de-las-clausulas-suelo-segun-las-audiencias-provinciales/> y RALUCA STROIRE, J. (2016). Algunos Tribunales consideran con razón que las cláusulas suelo son transparentes como el agua, *Revista CESCO*, Fecha de Publicación, 15 de febrero de 2016. Disponible en la siguiente URL: <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/02/Algunos-tribunales-consideran-con-razón-que-las-clausulas-suelo-son-transparentes.pdf>

⁴⁷ Sobre la licitud de la cláusula, *vid.*, GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., Requisitos sobre la validez de las cláusulas suelo y consecuencias de la nulidad acordada por la STS de 9 de mayo de 2013, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* núm. 6, 2013, p. 120.

⁴⁸ Informe del Banco de España, BOCG núm. 457, de 7 de mayo de 2010, p. 13. Conforme a la Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, derogadora de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

⁴⁹ STJUE, Sala Primera, 14 de abril de 2016, en los asuntos acumulados C-381/14 y C-385/14, que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas con

arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, mediante autos de 27 de junio de 2014, recibidos en el Tribunal de Justicia los días 11 y 12 de agosto de 2014, declara que: «El artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la de los litigios principales, que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender automáticamente la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores de conformidad con el apartado segundo del citado artículo con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó una demanda judicial individual ante el juez y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva».

⁵⁰ Y es que, siguiendo el criterio de la jurisprudencia del TS, el examen de la abusividad de las cláusulas impugnadas se ha realizado con carácter general (partiendo de su carácter sorpresivo para el cliente por la forma en que las entidades bancarias incluyeron la cláusula en el contrato —entre las condiciones generales, prestando una importancia secundaria a la misma y sin completar la misma con la información adecuada—) y con independencia de las concretas circunstancias que rodearon a la celebración de los contratos, por lo que el mismo tiene perfecto encaje en la regla del control abstracto. En este sentido y como advirtió el Supremo en la sentencia 24 de marzo de 2015 (FD Quinto, punto 7), el control de transparencia solo puede realizarse caso por caso es incompatible con la regulación que hacen de la acción colectiva tanto el derecho interno como el derecho comunitario. Advierte, las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas utilizadas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los artículos 12 y siguientes LCGC y 53 y siguientes TRLCU, complementados por los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, que responden a las exigencias de artículo 7 de la ya citada Directiva 93/13/CEE, y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con anclaje constitucional en el artículo 51.1 de la Constitución. De lo contrario nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque sería incompatible con tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería.

⁵¹ También se muestran a favor del control de transparencia en la contratación, con condiciones generales, con consumidores, entre otras, las SSAP, Sección 4.^a, de Las Palmas, de 26 de noviembre de 2014, SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Málaga, Sección 6.^a, de 12 de marzo de 2014, SAP Pontevedra, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2014, SAP Burgos, Sección 2.^a, de 28 de enero de 2014, SAP Badajoz, Sección 3.^a, de 14 de enero de 2014, SAP Zaragoza, Sección 5.^a, de 8 de enero de 2014, SAP Granada, Sección 3.^a, de 18 de octubre de 2013, SAP Cáceres, Sección 1.^a, de 2 de octubre, 20 de junio, 18 de junio y 22 de mayo de 2013, SAP Madrid, Sección 25.^a, de 18 de septiembre de 2013, SAP Murcia, Sección 4.^a, de 12 de septiembre de 2013, SAP Cuenca, Sección 1.^a, de 30 de julio de 2013, SAP Alicante, Sección 8.^a, de 12 de julio de 2013, SAP Álava, Sección 1.^a, de 9 de julio de 2013, SAP Córdoba, Sección 3.^a, de 18 de junio de 2013, SAP Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de mayo de 2013.

⁵² Compartimos la opinión de ALFARO AGUILA-REAL, J. (2015). La transparencia..., *cit.*, 1 y sigs.

⁵³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que «repensar»..., *cit.*, pp. 693 y sigs.

⁵⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2015), La información precontractual..., *cit.*, pp. 2-4, se refiere este autor a los elevados niveles del umbral de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013, al considerar insuficiente para determinar la validez de una cláusula que incida en el coste de un préstamo hipotecario su inclusión en la Escritura de Préstamo con una redacción clara y comprensible, así como su inclusión en la documentación precontractual aportada al consumidor. Además de todo eso, debe aportarse con la suficiente antelación una información adecuada sobre la existencia de dicha cláusula y sobre su incidencia en el coste real del crédito, para que el consumidor adopte su decisión con pleno conocimiento de causa.

⁵⁵ Este deber de información precontractual lo hallamos en las Órdenes Ministeriales de 5 de mayo de 1994 y la de 28 de octubre de 2011, donde debe especificarse, entre otros extremos, la existencia de límites a la baja o al alza (cláusulas suelo o techo) o de cualquier instrumento limitativo de la variabilidad del tipo de interés; y ejemplos numéricos donde se haga constar la repercusión de los cambios en el tipo de interés en el importe de las cuotas.

⁵⁶ El artículo 14 de la Directiva establece que la FEIN se aportará con la suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por el contrato, para que pueda evaluar la oferta y comparar los créditos disponibles en el mercado, a fin de que el consumidor pueda comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito.

⁵⁷ SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2015). «Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE», en *Presente y Futuro del Mercado Hipotecario y Ley de Segunda Oportunidad para Consumidores/as y Empresarios/as*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I., y OLMEDO CARDENETE, M., (Dir.), ed. Aranzadi, SA, pp. 332-333.

⁵⁸ Por su parte, el STJUE de 1 de octubre de 2015, Asto.: C-32/14, § 47, que remite a su vez a los §§ 65-67 y 72 de las Conclusiones del Abogado General, apoyándose en las Conclusiones del Abogado General en el Asunto 32/14, considera que «la Directiva 93/13 no impone a los Estados una modificación de su legislación en la función notarial que permita al Notario promover un incidente contradictorio entre las partes, a cuyo término se pronunciará sobre el carácter abusivo de la cláusula de que se trate, declarando así su nulidad».

⁵⁹ Véase artículo 147 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con el Reglamento de la organización y el régimen del Notariado (en adelante, RN): «*Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios*».

⁶⁰ Tal y como propone CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias..., *cit.*, p. 612 nota número. 191, «Cabe presumir que el legislador, al tanto del nuevo control de transparencia diseñado por el TS precisamente en el contexto de este tipo de estipulaciones bancarias que determinan la cantidad exigible e en la ejecución, ha querido establecer que la falta de transparencia judicialmente declarada también es causa de oposición en la venta extrajudicial». Sobre el control notarial, *vid.*, también, GARCÍA AMEZCUA, A. J. (2014). La reforma de la venta extrajudicial de los bienes hipotecados, en Desahucios y ejecuciones hipotecarias: Un drama social... *cit.*, p. 822 y SERRANO DE NICOLÁS, Á. (2015). «Alternativas de futuro del Mercado Hipotecario: una visión notarial para la transposición de la Directiva 2014/17/UE», en *Presente y Futuro...* *cit.*, pp. 345 y sigs., y SEDA HERMOSÍN, M. A. (2015). «Cláusulas abusivas y control notarial», en *Presente y futuro...* *cit.*, pp. 185 y sigs.

⁶¹ Dice la STJUE de 27 de junio del año 2000, Asto.: C-240/98, citando a su vez la STJUE de 26 de octubre del año 2006, Asto.: C-168/05: «*queda excluido que el artículo 6.1 de la*

Directiva 93/13 pueda interpretarse en el sentido de que el consumidor únicamente puede considerar que no está vinculado por una cláusula contractual abusiva si ha presentado una demanda explícita; por su parte, señala la STJUE de 14 de junio de 2012, Asto.: C-618/10: «la depuración por el Juez de la cláusula abusiva debe realizarse incluso de oficio. Asimismo, la jurisprudencia comunitaria no permite que pueda entenderse que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria deroga el mandato del artículo 84 de la Ley de Consumidores y Usuarios».

⁶² Sobre el particular, *vid.*, AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Habilitación de la DGRN a los registradores de la propiedad para ejercer un control de precios o el parto de los montes sobre la relación cuantitativa entre intereses moratorios y remuneratorios. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015 y de 10 de febrero de 2016, *Revista CESCO*, 19 de abril de 2016 (Disponible en, <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/04/Habilitacion-de-la-DGRN-a-los-registradores-de-la-propiedad-para-ejercer-un-control-de-precios.pdf>) [consultado el 19 de abril de 2016] y CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, L. M.: Intereses remuneratorios, abusividad y calificación registral. El Blog de Luis Cazorla. Disponible en <http://luiscazorla.com/2015/10/intereses-remuneratorios-abusividad-y-calificación-registral/> [consultado el 6 de abril de 2016].

⁶³ CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). «Transparencias...», *cit.*, p. 641, refiriéndose, a su vez, a ALMENAR BERENGUER, *op cit.*, p. 54, propuesta final 3.ª: «la actuación preventiva de la autoridad económica y de los Notarios y Registradores es fundamental, por lo que han de ampliarse sus facultades en orden al control de las cláusulas, con posibilidad de elevar consultas a la DGRN».

⁶⁴ OLAIZOLA MARTÍNEZ, F. (2013). «El necesario control extrajudicial de las cláusulas abusivas», *El notario del siglo XXI*, núm. 49.

⁶⁵ Propuesta de CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). «Transparencias...», *cit.*, pp. 641-642, tomando como base la regulación de diversas autoridades existentes en nuestro país, así como los modelos de Derecho comparado.

⁶⁶ Ver artículo 40.1 de la Propuesta de Directiva sobre protección de los consumidores de 25 de octubre de 2008: «La Comisión estará asistida por el Comité sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores».

⁶⁷ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I.: Cláusula suelo..., *cit.*, pp. 689 y sigs.

⁶⁸ La Audiencia Provincial además de declarar que la cláusula suelo era clara y comprensible, al constar esta de forma aislada y separada del resto de cláusulas contractuales, concluye que «quien aconseja a sus clientes no podrá aducir ignorancia cuando es ella misma quien tiene la condición de prestataria en el contrato».

⁶⁹ A favor de estimar FERNÁNDEZ BENAVIDES, M. A., Y ARROYO MARÍN, A. (2015). *Cláusulas suelo: no hay café para todos*, 5 de mayo de 2015.

⁷⁰ En este sentido, CÁMARA LAPUENTE S. (2015). *Transparencias...*, *cit.*, p. 614.

⁷¹ Opinión que compartimos (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). *Cláusula...*, *cit.*, 689 y 698) junto a CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas...*, *cit.*, p. 123.

⁷² Advierte, con acierto, Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ e Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Comentario al artículo 9, en *Comentarios a las condiciones...*, *cit.*, p. 490, que, «Qué debe entenderse por adherente viene definido en el artículo 3, que tiene por rúbrica «ámbito subjetivo», según el cual tiene la condición de adherente toda persona física o jurídica, sea profesional o no, resultando indiferente en el caso de profesiones que actúen en el marco de la actividad profesional o empresarial, pública o privada. De este modo, es adherente toda persona que haya celebrado un contrato que contenga condiciones generales predispuestas por la contraparte. La consecuencia más importante del artículo 9.1 LCGC radica, como ya se ha adelantado, en excluir la legitimación activa del predisponente para solicitar la declaración judicial de nulidad o no incorporación al contrato de las condiciones generales impuestas por él mismo». La autora advierte, con acierto, que también podría ser legitimado activo «...el fiador, a quien el artículo 1853 del Código Civil expresamente autoriza para oponer «todas las excepciones que competan a deudor principal y sean inherente a la deuda (principal)».

⁷³ SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015): Cláusula suelo..., *cit.*, pp. 688 y sigs.

⁷⁴ La SJMerc de Córdoba, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2014, se posiciona a favor de las empresas, advirtiendo que, «En el Derecho nacional, tanto si el contrato se suscribe entre empresas y profesionales como si se celebra con consumidores, las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC ->[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» -, 7 LCGC...» (FD Primero).

⁷⁵ El artículo 70 quáter LMV fue introducido por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre. Conforme a su originaria redacción, vigente al tiempo en que fueron concertados los contratos de swap objeto de litigio, este precepto, bajo la rúbrica «Conflicto de interés», disponía lo siguiente: «1. De conformidad con lo dispuesto en la letra d), apartado 1, del artículo 70 ter, las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, incluidos sus directivos, empleados, agentes o personas vinculadas con ella, directa o indirectamente, por una relación de control; o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones» A tales efectos no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente. »Igualmente deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes» 2. Cuando las medidas organizativas o administrativas adoptadas para gestionar el conflicto de interés no sean suficientes para garantizar, con razonable certeza, que se prevendrán los riesgos de perjuicio para los intereses del cliente, la empresa de servicios de inversión deberá revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto al cliente antes de actuar por cuenta del mismo» 3. Reglamentariamente se establecerán las reglas para la identificación y registro de los conflictos de interés, y las medidas, requisitos organizativos y políticas que deban adoptarse para garantizar la independencia del personal que ejerce actividades que impliquen riesgo de conflicto de interés, así como la información que deba suministrarse a los clientes afectados o al público en general». Este precepto se halla ubicado, en la Ley del Mercado de Valores, dentro el Título III (Empresas de servicios de inversión) y el capítulo III (Condiciones de ejercicio), distinto del Título VII (Normas de conducta), en el que se encuentra el artículo 79 bis relativo a las obligaciones de información. El artículo 70 quáter impone a las empresas que prestan servicios de inversión, como la caja demandada, el deber de organizarse y adoptar las medidas necesarias para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o grupo. Además, deben aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización. Los conflictos de interés potencialmente perjudiciales para los clientes aparecen descritos en el artículo 44 del RD 217/2008, de 15 de febrero:

⁷⁶ *Vid.*, SERRANO NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible..., *cit.*, pp. 1 y sigs.

⁷⁷ Tesis que hemos defendido en SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). La cláusula suelo..., pp. 681 y sigs. y sobre la que hemos insistido, en Crisis económica..., *cit.*, pp. 41-80. (en particular, en la p. 61, al referirme a algunas opacidades del control de transparencia. 2.1. El ámbito subjetivo de dicho control), a la que se suma de manera explícita SERRANO NICOLÁS, A. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2016). Una imprescindible..., *cit.*, pp. 1 y sigs. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE, S. (2015): Transparencias..., *cit.*, pp. 608, confiesa que cada día son más los que se suman a defender el control de transparencia en la contratación entre empresarios, remitiéndonos en la nota núm. 180 a quienes venimos defendiendo esta opinión y confesando, también, que en fase de revisión de pruebas tuvo conocimiento de nuestro trabajo. También sostienen este criterio, entre otros, BARRAL VIÑAS, I. (2015). ¿Abusivas..., *cit.*, pp. 25 y sigs. En opinión de PLAZA PENADÉS, (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base

de la STS de 9 de mayo de 2013, *Diario la Ley*, a raíz de la extensa y prolija STS de 9 de mayo de 2013, de Pleno, hay que delimitar y distinguir el control de transparencia con los controles de inclusión y contenido o abusividad; cuestión que en la citada sentencia no queda clara. Por ello se integra con lo ya señalado inicialmente en la STS de 18 de junio de 2012. La correcta delimitación del control de transparencia, en fase de elaboración jurisprudencial, puede proyectarse además a otros supuestos donde también se acredite la falta de información clara y comprensible sobre la posición contractual y la carga económica del (consumidor) adherente, como en el caso de «las participaciones preferentes».

⁷⁸ En opinión de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2002). *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ad artículo 8, (Dir. Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez Picazo y Ponce de León), ed., Cívitas, S.L., Madrid, pp. 56 y sigs., «donde no debe haber control de contenido, mayor es la exigencia de control de inclusión y adquiere importancia la transparencia», Comparten esta opinión, ALFARO ÁGUILA REAL, J. (2000). «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *RJC*, pp. 14 y sigs.

⁷⁹ A juicio del magistrado, en el presente supuesto, «la referida cláusula, difícilmente podría cumplir los requisitos de incorporación, y su control, pues curiosamente se observa en el contrato concertado, que en un primer momento, y bajo el epígrafe de «datos financieros de contrato», se aludía a que «el margen diferencial constante era del 1%». Para luego, volver a insistir en este punto en la cláusula 9, de las condiciones particulares, donde quedaba fijado literalmente que «el tipo de interés para el saldo pendiente de recuperación del bien del primer periodo será el inicialmente pactado, para los sucesivos periodos el tipo de interés a aplicar al saldo pendiente de la recuperación del coste del bien, será el resultante de sumar un punto porcentual al último tipo básico de referencia que estuviera vigente en el segundo día hábil anterior a la fecha de revisión». Es decir, volvía a incidir de nuevo, claramente, en el tipo de interés aplicable. Y sorprendentemente en las hojas últimas de la póliza de contrato, y bajo el epígrafe «hoja anexa», y «explicación», es decir, complemento de lo ya pactado, y no modificación, se estableció la cláusula 6.4, donde se fijaba que «no obstante lo previsto en la cláusula anterior, se acuerda y pacta expresamente, que el tipo de interés nominal mínimo aplicable fuera el 4%». Es decir, en un contrato, aparece en dos ocasiones el tipo del 1%, para luego, sin motivo alguno, en la hoja final, en un anexo, se modifica lo pactado expresamente, para establecer un tipo contradictorio con el anterior, y sensiblemente superior, del 4%. Es evidente que estas cláusulas, y en concreto la 6.4 aludida, no podría superar el control de incorporación por estar redactada en términos oscuros y difusos. No comprensibles en un plano formal. Por lo cual, esta cláusula ya no superaría el primero de los filtros, siendo indiferente a estos efectos que la parte actora, sea empresario o no. Es decir, solo por este motivo, ya sería bastante para dar lugar a la desestimación del recurso».

⁸⁰ Sobre el particular, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que «repensar»..., *cit.*, pp. 689 y sigs. y las referencias a los juzgados de primera instancia que se suman a esta lucha a favor de las empresas.

⁸¹ PLAZA PENADÉS, J. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales e la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo, *Diario la Ley*, núm. 81 y Del moderno control de transparencia de la doctrina del Tribunal Supremo sobre irretroactividad de las cláusulas suelo, *Diario la Ley*, núm. 8547, mayo de 2015, p. 8. En contra SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015): Cláusula..., *cit.*, 689 y 698 y CÁMARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias ... *cit.*, p. 605, nota núm. 177.

⁸² En opinión de FRANGA MANDIAN, A (2014). Transparencia y abusividad. Competencia objetiva en las cláusulas suelo, SP/DOCT/2014, p. 1, «La STS de 9 de mayo de 2013 no declara la nulidad de las cláusulas por falta de transparencia sino por desequilibrio, esto es, aplica el concepto legal de cláusulas abusivas contenido en el artículo 82 de la LGDCU (que toma como fuente el artículo 3.1 de la Directiva 83/13) cuando establece como tales aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». En opinión de este

autor, «El consumidor, y esta es una reflexión personal, es acreedor de una protección adicional pero no es un incapaz. Llegados a este punto, y toda vez que las «cláusulas suelo» son condiciones generales (esto ni se discute) la pretensión de nulidad por abusividad se sustenta en la LCG, concretamente en el artículo 8.2 cuando establece que «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disp. adicional 1.ª L 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores u Usuarios». Es decir, la LCG establece además de la nulidad de cláusulas por infracción de la propia Ley (art. 8.1) la nulidad de las condiciones generales abusivas, para lo cual se remite a la normativa de consumidores (remisión que pese a su literalidad ha de entenderse referida a la vigente LGDCU)».

⁸³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que repensar..., *cit.*, 689 y 698 y CÁ-MARA LAPUENTE, S. (2015). Transparencias..., *cit.*, pp. 602, nota número 165 y 604 y sigs.

⁸⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2015). La transparencia..., *cit.*, pp. 3 y sigs.

⁸⁵ A favor de esta tesis, *vid.*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999). Comentarios a la Disposición adicional primera, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 753 y sigs.; GONZÁLEZ PACANOSWCA, I. Comentario al artículo 7. No incorporación en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi 1999, pp. 235 y sigs., y PAGADOR LOPEZ, J. (1998). *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid 1998, pp. 53 y sigs.

⁸⁶ A diferencia del Código de Consumo Catalán en el que, recientemente, se ha dado cabida dentro del concepto de «persona consumidora» a los trabajadores autónomos y las empresas prestadores de servicios básicos y servicios de trato continuado y a las que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE. Otra diferencia importante en la legislación catalana radica en la reciente aprobada Ley de Cataluña 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética. Una Ley respecto de la cual en el Consejo de Ministros celebrado el pasado 29 de abril de 2016 se acordó en el la interposición de recurso de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos de la (en particular, se recurren los artículos 2, 3, 4, 5, 7, y las disposiciones adicional, transitoria segunda y final tercera de la mencionada Ley, interesando la suspensión de los artículos recurridos).

⁸⁷ SANCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que «repensar»..., *cit.*, p. 689.

⁸⁸ *Vid.*, la RDGRN 22 de julio de 2015, en virtud de la cual se ha advertido que cuando los prestamistas son personas físicas que no están dedicados con habitualidad a la concesión de préstamos, y dicha circunstancia es constatada por el Registrador que califica la escritura de hipoteca por consulta al «Servicio de interconexión de los Registros de la Propiedad», en los términos que resultan de la resolución de 4 de febrero de 2015, se debe excluir la aplicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios LA LEY 11922/2007) y paralelamente de la Ley 2/2009, de 31 de marzo (LA LEY 5465/2009) y de la Orden EHA 2899/2011.

⁸⁹ En este sentido se expresan, entre otras, las SSAP de Córdoba, Sección 1.ª, de 21 de octubre y 17 de julio de 2014, el SJMerc de Córdoba, Sección 1.ª, de 31 de octubre de 2014, También el Auto de la AP Huelva, Sección 2.ª, de octubre de 2014.

⁹⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que repensar..., *cit.*, pp. 685 y sigs.

⁹¹ Roj STS 2820/2014.

⁹² «... debe señalarse que la parte actora, y aquí recurrida, no ostenta la condición de consumidor pues, pesa a la interpretación de la Audiencia, no cabe duda de que el destino del local adquirido queda integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios (despacho de abogados)». En esta ocasión, la parte recurrente alegó, en el motivo primero del recurso de casación, que había una aplicación indebida de la legislación de consumidores y usuarios al atribuir la condición de consumidores a los recurridos, motivo que estimó el Tribunal Supremo en esta sentencia, determinando que no puede ostentar la condición de consumidor el profesional, pues según su juicio no queda duda de que el

local adquirido (objeto del litigio), está integrado, plenamente, en el marco de su actividad profesional de prestación de servicios. Sin embargo, el Supremo se opuso al considerar al comprador del inmueble, pese a ser una persona física, como consumidor, pues tiene en cuenta el destino al que se dirige el bien, siendo este un destino profesional: un despacho de abogados, lo que le hace merecedor de la negativa no solo de la LGDCU sino de la LCGC. Cfr. En el mismo sentido, las SSTs de 24 de septiembre de 2013 y 10 de marzo de 2014.

⁹³ Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno. En esta sentencia se le niega la condición de consumidor a la *Pyme* que realiza un contrato de prestación de servicios de gestión en aspectos urbanísticos: legales, fiscales y cualquiera relacionados con la promoción *no ostenta la condición de consumidor* quedando, por tanto, sujeto al régimen general del contrato por negociación. En esta ocasión el Supremo se planteó, como cuestión de fondo, si pese a la indicada naturaleza del contrato el juez puede tener en cuenta el desequilibrio contractual, propio del contrato bajo condiciones generales, a la hora de decidir sobre la *posible moderación de una cláusula penal configurada como «pena de arrepentimiento»*, en el caso de resolución unilateral y anticipada del contrato (en rigor, facultad de desistimiento unilateral del contrato celebrado), llegando a la conclusión de estimar que *no por no tratarse de un consumidor*. A continuación, se remite el Supremo a la STS de 18 de junio de 2002 en la que ya se recordó que la normativa de consumo, y particularmente la de contratación bajo condiciones generales, tiene una marcada función de configurar especialmente el ámbito contractual predispuesto y, con ello, de incidir en la regulación del tráfico patrimonial sujeto a estas características de contratación, de suerte que doctrinalmente puede señalarse que dicho fenómeno comporta en la actualidad un auténtico «modo de contratar» diferenciable de la contratación tradicional por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico.

⁹⁴ En esta sentencia se le negó la condición de consumidor a la Sociedad Cooperativa Madrileña de Viviendas contra TRAYSER GESTIÓN INTEGRAL, S. L., alegando que «el control de abusividad solo es posible para la contratación por un profesional en relación con los consumidores, de cuyo entendimiento quedan excluidas las personas jurídicas». En la STS de 23 de julio de 2013, recuerda el supremo que «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales».

⁹⁵ Advierte en el FD Tercero que no estamos ante una contratación con consumidores; lo que le lleva a excluir de plano la aplicación extensiva de la doctrina jurisprudencial del control de transparencia y en añade en el FD Cuarto, que «... debe diferenciarse este supuesto (cláusula suelo) de todos aquellos en los que nos encontramos ante productos financieros complejos, en los que una falta de información complementaria es imprescindible para comprender las consecuencias jurídico y económicas de la contratación, porque en este caso la cláusula de la que tratamos es sencilla y de fácil comprensión, por lo que su aceptación no exige otros conocimientos que su propio contenido y por la demandante no puede alegarse la concurrencia de vicio de consentimiento en tanto en cuanto nos encontramos ante una persona que actúa mediante su Administrador que lo es o lo ha sido de otras sociedades y que está habituado a la negociación y suscripción de contratos de préstamo para la realización de las actividades empresariales».

⁹⁶ *Vid.*, FD Segundo, según el cual, «Dicha entidad, que como se ha dicho es una sociedad de capital, solicitó el préstamo en el ámbito de su actividad empresarial y por ello carece de la condición de consumidor o usuario de conformidad con el Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por lo que la posición de la entidad demandante se produce en plano de igualdad con la entidad demandada sin poder acogerse a dicha legislación, en materia de protección de consumidores y usuarios. Por otro lado, resulta acreditado en autos, que la escritura que se impugna es la cuarta escritura de constitución de préstamo hipotecario suscrita entre la actora y la demandada y la tercera de refinanciación, de modo que el Banco propuso dicho crédito como solución a varios impagos de los recibos del primer préstamo que estuvo a punto de entrar en mora, tratándose de un préstamo de carencia intermedia y como se dice en el informe de solicitud de novación redactado por al Directora de la Oficina gestora, se concertó para tener circulante para actividad de la sociedad, esto es, la explotación del Hotel».

⁹⁷ Cfr. SOLER SOLÉ, G., SERRA RODRÍGUEZ, A., IZQUIERDO BLANCO, P., FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. (2014). *Cláusulas abusivas en la contratación bancaria*. Ed. Bosch. Barcelona. 2014, pp. 30 y 35, quienes consideran que no se puede considerar consumidor/a a la persona física que se vale de su condición de empresario o profesional para contratar bienes o servicios para su uso particular.

⁹⁸ «Es en la cláusula decimoctava de la escritura denominada «cláusula de afianzamiento» cuando los actores intervienen como fiadores de la operación, garantizando solidariamente al Banco el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria y como venimos diciendo en otras resoluciones, el fiador de un prestatario no consumidor carece de la protección «ad hoc» de las leyes a él dirigidas. Así en el auto dictado por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 2014 (rec. 64/2014), reiterando el criterio expresado en muchos otros (auto de 25 de octubre de 2013, 5 de abril de 2013, rec. núm. 14/13; de 17 de abril de 2013, rec. núm. 34/13), donde excluimos la condición de consumidor al fiador o avalista cuando el prestatario es una sociedad y se le ha concedido el préstamo en el ejercicio de su actividad empresarial».

⁹⁹ No le resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad ya que la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

¹⁰⁰ Sentencia que se remite, en su argumentación a la SAP Barcelona, sección 15.^a, de 26 de enero de 2012, según la cual debe existir, como premisa fundamental, que el contrato haya sido celebrado con un «consumidor», pues en caso contrario, la demanda carecería de fundamento. En este sentido, concluye el Juzgado, no resulta de aplicación la LCGC. Resulta, por tanto, improcedente declarar la nulidad porque la cláusula suelo fue conocida por la parte actora, o cuando menos debió conocerla, y, en consecuencia, valorada a la hora de prestar su conformidad para obtener financiación, sin que pueda observarse en la conducta de la demandada la existencia de mala fe o ánimo de ocultación.

¹⁰¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015) *Crisis...*, cit., pp. 61 y sigs.

¹⁰² «Es en la cláusula decimoctava de la escritura denominada «cláusula de afianzamiento» cuando los actores intervienen como fiadores de la operación, garantizando solidariamente al Banco el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la parte prestataria y como venimos diciendo en otras resoluciones, el fiador de un prestatario no consumidor carece de la protección «ad hoc» de las leyes a él dirigidas. Así en el auto dictado por esta misma Sección de la Audiencia Provincial de 21 de febrero de 2014 (rec. 64/2014), reiterando el criterio expresado en muchos otros (auto de 25 de octubre de 2013, 5 de abril de 2013, rec. núm. 14/13; de 17 de abril de 2013, rec. núm. 34/13), donde excluimos la condición de consumidor al fiador o avalista cuando el prestatario es una sociedad y se le ha concedido el préstamo en el ejercicio de su actividad empresarial».

¹⁰³ Ponente Sr. Pérez Benitez.

¹⁰⁴ ALFARO ÁGUILA REAL, J. (1999), *Las condiciones generales de la contratación*, ed., Civitas, Madrid, p. 81.

¹⁰⁵ Según el artículo 8,2 LCGC, «En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» —remisión se entiende hoy hecha al artículo 83 TRLCU y 85 de 2014.

¹⁰⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1999), «Comentario...», cit., p. 265.

¹⁰⁷ *Vid.*, el estudio elaborado por César Martín Machuca y Cristina Rodríguez Llorens, sobre «La participación de las Pymes y de las grandes empresas europeas en el comercio internacional de Bienes», <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/Informes-BoletinesRevistas/BoletinEconomico/14/Jul/Fich/be1407-art2.pdf>.

¹⁰⁸ En opinión de MARTIN EBERS, El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 29-30 «La restricción del ámbito de aplicación del instrumento

opcional a las Pymes es incomprensible. ¿Por qué las grandes empresas no pueden tener, en general, la posibilidad de basar sus contratos en el instrumento opcional?» El mismo autor se responde, justificando, en cierta medida la opción del Reglamento Europeo, diciendo «Por otro lado, la restricción del control de cláusulas a los contratos con las Pymes tiene sentido si se piensa que las pequeñas o medianas empresas precisan protección, mientras que las grandes empresas siempre tienen la posibilidad de chequear los clausulados por sus departamentos jurídicos».

¹⁰⁹ En el artículo 83 de la Propuesta de Reglamento de Compraventa, se ofrece una definición de «abusivo» aplicable a los contratos entre comerciantes y consumidores. En este sentido, se dice en dicho precepto que una cláusula contractual incorporada por aquel que no haya sido negociada individualmente será abusiva, «si causa, en contra de las exigencias de la buena fe contractual y en detrimento del consumidor, un desequilibrio significativo en los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato». El artículo 84 NCCE contiene una lista negra de 11 cláusulas contractuales que se consideraran siempre abusivas; y el artículo 85 NCCE contempla una lista gris de 23 cláusulas presuntamente abusivas, Compartimos la opinión de Martín Ebers («El control...», *cit.*, pp. 32-33), para quien «La Propuesta va más allá de los ACQP y el DCFR, En ambos cuerpos de reglas, la lista negra contiene una única cláusula (la que otorga jurisdicción exclusiva, La normativa común producirá un aumento del nivel de protección del consumidor en muchos Estados, Los consumidores de países en los que el Anexo de cláusulas solo tenga carácter ilustrativo, serán protegidos por las listas negra y gris».

¹¹⁰ MARTIN EBERS (2012), El control de cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *Indret* 1/2012, pp. 1-46, disponible en www.indret.com/pdf/881_es.pdf, pp. 34 y sigs., «Según el DCFR el control de contenido solo se refiere a las condiciones generales de contratación, es decir, a las cláusula que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes, y que no han sido negociadas individualmente por las partes, Al amparo de la normativa Común, el control de contenido del artículo 86 NCCE rige en general para las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, para las cláusulas que han sido previamente formuladas para una sola transacción».

¹¹¹ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de PECL.

¹¹² Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Principios ACQUIS.

¹¹³ Texto Europeo de Referencia conocido con el nombre de Marco Común de Referencia (DCFR).

¹¹⁴ *Vid.*, María Amalia BLANDINO GARRIDO, Comentario al artículo II.- 904 DCFR, en *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas* /Dir. Antonio Vaquer Vaquer Aloy, ed., Esteve Bosch Capdevila, 2009, p. 662, nota p. 536.

¹¹⁵ Antonio VAQUER ALOY, *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, ed., Esteve Bosch Capdevila, 2009, pp. 665 y sigs.

¹¹⁶ En este sentido, MARTIN EBERS (2012), El control de cláusulas abusivas..., *cit.*, pp. 36 y sigs., quien advierte, además, que «En la Unión Europea, al menos 14 Estados miembros han renunciado a establecer normas de carácter general que se dirijan específicamente al control de las condiciones practicadas en las relaciones entre comerciantes».

¹¹⁷ Opinión que compartimos junto a Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013), «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia», Revista Cesco 2013, disponible en blg.uclm.es/cesco/files/2013/05/NO-PUEDE-CALIFICARSE-COMO-CLAUSULA-ABUSIVA-A-QUE-DEFINE-EL-OBJETO-PRINCIPAL-DEL-CONTRATO.pdf.

¹¹⁸ Dice el artículo 86, ter, apartado 2 LOPJ, a «Los juzgados de lo mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de las acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia».

¹¹⁹ *Vid.*, las SSAP, Sección 28.º, de Madrid de 16 de noviembre de 2012 que se remite a la de 12 de febrero de 2010 de esta misma audiencia y sección, en la SAP de La Coruña de 31 de julio de 2012, Auto de la AP Huelva de 20 de abril de 2012 y en la SAP de Huelva de 4 de mayo de 2012.

¹²⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2015). Hay que repensar..., *cit.*, pp. 696-698, en el que analizamos las tres posturas que hoy dividen a la jurisprudencia menor en torno a determinar la competencia de uno u otro juzgado para conocer de la acción de nulidad de la cláusula suelo.

¹²¹ Advierte el Auto de la AP Barcelona, Sección 17.^a, 21 de enero de 2015 que, «Examinada la demanda se aprecia que la causa de pedir determinante de la nulidad se asienta en la existencia de cláusula abusiva de conformidad con la normativa protectora de consumidores y usuarios. Este es el fundamento normativo primordial que da cobertura a la pretendida nulidad de la cláusula contractual por más que también se invoque en el cuerpo de la demanda, en cita aislada, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación...».

¹²² Se pronuncia a favor de atribuir la competencia a los Juzgados de Primera Instancia cuando se ejercitan acciones como la presente, que, «Esta Sala comparte el mismo criterio de que las acciones de nulidad contractual de una condición general basada en vicios del consentimiento o en el carácter abusivo de la misma no constituyen, en rigor, «acciones típicas» de la legislación sobre condiciones generales de la contratación, y que, aunque estén previstas en la misma, realmente ocurre por remisión a otros textos legales».

¹²³ *Vid.*, el razonamiento jurídico segundo, *in fine*, en el que se advierte que, «A fin de resolver las dudas que puedan plantearse en la materia que nos ocupa, debemos estar al caso concreto teniendo cuidado de examinar las acciones que se ejercitan en un determinado litigio, para de esta manera determinar la competencia... no por aquella mención a la LCGC, son en cualquier caso competencia de los Juzgados de lo mercantil».

¹²⁴ Advierte «Pues bien, la lectura del escrito de demanda pone de manifiesto que la parte actora invoca para defender el carácter abusivo de la cláusula controvertida tanto la Ley 26/1984 General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 10 bis —vigente a la firma del contrato— contenía una enumeración de cláusula abusivas, como hace el artículo 82 del actual texto refundido de la misma norma (Real Decreto Legislativo 1/2007), que tiene el mismo objeto. Esto es, la base jurídica de la reclamación de cantidad está constituida por la pretendida abusividad de la cláusula suelo, con fundamento en la legislación protectora de consumidores, sin que el hecho de que se trate de una condición general (al igual que tantas en diferentes campos de la contratación, como seguros, telefonía o suministros) le dote de singularidad tal que determine la competencia de los juzgados de lo mercantil».

¹²⁵ *Vid.*, los apartados cuarto al sexto del FD Tercero.

¹²⁶ Jesús SÁNCHEZ GARCÍA, *Revista Derecho Vlex*- núm. 131, abril de 2015, pp. 6 y 7.

¹²⁷ http://www.senado.es/legis10/publicaciones/pdf/senado/bocg/BOCG_D_10_542_3607.PDF.

¹²⁸ Al amparo del artículo 71, en relación con el artículo 400, se acumulan a través del presente pleito como acción principal la nulidad de la cláusula suelo del contrato de préstamo hipotecario, por existir un vicio en el consentimiento otorgado y, subsidiariamente, la nulidad de dicha cláusula por ser la misma abusiva, conforme a la normativa tuitiva de consumidores y, concretamente, por infringir lo dispuesto en la LGCYU y, como consecuencia lógica y legal de prosperar cualquiera de las acciones ejercitadas, la restitución de las recíprocas prestaciones, conforme lo dispuesto en el artículo 1303 del Código Civil, con devolución por parte de la entidad demandada de las cantidades cobradas indebidamente como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo.

¹²⁹ Pues, aún estando en un supuesto de acumulación de acciones que están íntimamente relacionadas entre sí de manera que la acumulación debe aceptarse en aras de superiores principios con amparo constitucional y de economía procesal y evitación de sentencias contradictorias [...]. En este sentido, la SAP de Almería de 11 de marzo de 2009.

¹³⁰ Tal y como reconoce el Auto AP, Sección 2.^a, núm. 4, de 1 de octubre de 2014, la SAP de Santander, Sección 4.^a, de 4 de febrero de 2015.

¹³¹ En este sentido, entre otras, las SSTs de 10 de septiembre de 2012 y 23 de mayo de 2013.

¹³² *Vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). Enriquecimiento injusto, ejecuciones hipotecarias y venta con plusvalía (Comentario a la STS de 13 de enero de 2015), *CCJC*, núm. 100, pp. 133-168.

¹³³ Sobre el particular, y sin ánimo exhaustivo, *vid.*, NÚÑEZ LAGOS, R. (1934). El enriquecimiento sin causa en el Derecho Español, Ed. Reus, S.A, quien dedica este estudio a su maestro el Magistrado CASTÁN TOBENAS; LACRUZ BERDEJO, J. L. (1969). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *RCDI*, mayo-junio, pp. 569-603; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (1974) El enriquecimiento sin causa en el Derecho Civil español, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, Año CXXIII, abril, p. 415, Tomo LXVIII, ed., REUS, pp. 415 y sigs.; (1980). Notas sobre el enriquecimiento sin causa, *RGLJ*, pp. 263 y sigs.) y en 1984 elaboró un tercer, pero no último trabajo (El interés, el justiprecio y el enriquecimiento injusto, *RCDI*, núm. 564, Año LX, septiembre-octubre, ed., Centro de Estudios Registrales p. 1183 y; (1993), *op. cit.*, pp. 6 y sigs.); DÍEZ-PICAZO, eligió esta institución para pronunciar su discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia DÍEZ-PICAZO, L. (1987) con respuesta de Manuel DE LA CÁMARA (1988). Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa, ed., Cívitas, Madrid; CARRASCO PERERA, A. (1987). La restitución de los provechos, *ADC*, 1987, pp. 1055 y sigs., y II, *ADC*, 1988, pp. 5 y sigs.; DE LOS MOZOS, J. L. (1988). Pago o cobro de lo indebido, *RDP*, pp. 651-656; CORDERO LOBATO, E. (2012). Enriquecimientos injustos y adjudicaciones inmobiliarias en procedimientos de ejecución, *Diario La Ley*, núm. 7953, 29 de octubre de 2012, Ref. D-375, Editorial LA LEY, pp. 5-7 y; OROZCO MUÑOZ, M. (coord.) (2015). El enriquecimiento Injustificado. Thomson Reuters Aranzadi, S.A.

¹³⁴ Sobre el particular, *vid.*, CORDERO LOBATO, E. (2012). Enriquecimientos..., *cit.*, pp. 5-7.

¹³⁵ Materia a la que nos referimos en nuestro trabajo, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (1996). *La hipoteca y los bienes inmuebles por destino*, editorial McGraw-Hill.

¹³⁶ Sobre el particular, *vid.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. I. (2000). La hipoteca constituida sobre una finca (solar) sobre la que existen edificaciones no declaradas ni mencionadas en la escritura de constitución del préstamo hipotecario, *RCDI*, núm. 662, pp. 3097-3142; *La hipoteca de bienes sujetos a proceso de urbanización y edificación*, Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1999 y, (1998). El Estatuto jurídico de la propiedad urbana y sus repercusiones sobre la financiación con crédito hipotecario del proceso urbanístico, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada (RFDU)*, pp. 63-118.

¹³⁷ Se trataba de una sociedad mercantil adjudicataria que adquiere, por título de cesión de remate, la susodicha finca registral con todo lo que hay en ella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 353 del Código Civil, respecto de la adquisición por derecho de cesión, en esta sentencia no se cuestiona la legalidad de la adquisición resultante para la mercantil adjudicataria, tanto respeto del solar objeto de la subasta judicial, como de lo construido en el mismo, conforme a la legalidad, sino el enriquecimiento injusto que le ha reportado. En dicha hipótesis tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideran aplicable al presente caso la doctrina del enriquecimiento injusto. La sociedad adjudicataria reconoce el enriquecimiento producido y señala que este no tiene causa en los incumplimientos de la promotora, sino en el procedimiento de subasta judicial seguido en donde se adjudica la finca en cesión de remate por el valor de tasación solo del solar, sin tener en cuenta el valor de lo edificado en el mismo. Por lo que la mercantil adjudicataria adquiere la totalidad de la finca «sin pagar nada de lo edificado», cuyo valor es varias veces superior al valor del solar. Demostrada la sensibilidad del ponente a cerca de las dudas y opacidades que plantea el régimen jurídico del control de transparencia y la doctrina del enriquecimiento injusto, confiamos que de futuro anime a la Sala I.^a del Tribunal Supremo a valorar su propia doctrina jurisprudencial sobre enriquecimiento injusto en ejecuciones hipotecarias cuando se produzca una plusvalía de la que no haga partícipe al deudor hipotecario, sea o no consumidor y sea o no relevante, tal y como en su día planteamos al hilo del comentario que sobre el particular realizamos en otro trabajo de investigación.

¹³⁸ Sobre el particular, *vid.*, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J. A (1993). *El Enriquecimiento sin causa*, ed., Comares, 2.^a edición, Granada, pp. 82 y 83.

¹³⁹ Que resuelve un caso se inició con la ejecución hipotecaria de una finca que estaba tasada a efectos de ejecución hipotecaria, en el tipo de 40.123,57 euros. En el momento de inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, los deudores tenían pendientes pagos al banco por importe de 27.074,85 euros. El 29 de enero de 2010 se celebró la subasta de la finca hipotecada, que quedó desierta. Por tanto, y al amparo de la normativa vigente en aquel momento, el acreedor hipotecario se adjudicó la finca por el 50% del valor de tasación, esto es, por 20.061,76 euros (recordemos que tras las sucesivas modificaciones legislativas, en la actualidad dicha adjudicación se haría por el 60% del valor de tasación, o incluso por el 70%, en determinados casos). Por tanto, tras la adjudicación al banco, quedaba un importe no cubierto por el inmueble de 7.013,09 euros. Siguiendo el principio de responsabilidad universal del deudor recogido en el artículo 1911 del Código Civil, el banco inició un juicio declarativo contra los prestatarios y sus fiadores, para reclamar el importe pendiente de pago y que no había sido cubierto con la adjudicación de la finca. Los deudores se opusieron a dicha reclamación alegando que podría haber un enriquecimiento injusto por parte del banco, ya que se había adjudicado ya una finca tasada en su momento en poco más de 40.000 euros, cuando las deudas pendientes no alcanzaban los 30.000 euros. Tras un procedimiento judicial que duró, prácticamente 5 años desde la ejecución de la finca hasta la sentencia del Tribunal Supremo, El Supremo concluye que no cabe apreciar la existencia de enriquecimiento injusto, ya que la adjudicación se hizo por el 50% del valor de tasación en cumplimiento de la normativa vigente en ese momento, condenando a los deudores a abonar las cantidades debidas.

¹⁴⁰ Vid., OROZCO MUÑOZ, M. (coord.) (2015). *El enriquecimiento Injustificado*. Thomson Reuters Aranzadi, S.A.

¹⁴¹ NÚÑEZ LAGOS, R. (1934). *Op. cit.*, pp. 6 y sigs.; PUIG BRUTAU, J. (1983). *Fundamentos del Derecho Civil*, ed., Bosch, Barcelona, pp. 43 y sigs.; DE LA CÁMARA, M. y DíEZ-PICAZO, L. (1988). *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, ed., Cívitas, Madrid; ÁLVAREZ-CAPEROCHEPI, J. A (1993). *El Enriquecimiento... cit.*, pp. 40 y sigs.

¹⁴² Riesgo del que fueron conscientes y del que huyeron, DíEZ-PICAZO, L. (1988). *Op. cit.*, pp. 71 y sigs. y la doctrina italiana en ÁLVAREZ-CAPEROCHEPI, J. A (1993). *Op. cit.*, p. 35.

¹⁴³ Tras este fallo judicial, la SAP Madrid, Sección 11.^a, 26 de noviembre de 2015 (*RJ* 2011, 347) deniega la pretensión de enriquecimiento injusto en un supuesto similar.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La devolución de las cantidades indebidamente pagadas por la cláusula suelo declarada nula por falta de transparencia (Un debate judicial y doctrinal que ha suscitado ya numerosas cuestiones prejudiciales tras las SSTs de 25 de marzo y 29 de abril de 2015), *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8.

¹⁴⁵ Tesis mayoritariamente defendida, entre otros, por ALFARO ÁGUILA REAL, CÁMARA LAPUENTE y MIQUEL GONZÁLEZ.

¹⁴⁶ Tesis minoritariamente defendida, entre otros, por CARRASCO PERERA y LYCZKOWSKA, K. (1989). La validez del enjuiciamiento de las cláusulas relacionadas con el objeto del contrato: la cláusula de service fee o cargo por emisión, *CCJC*, 89 (2012), p. 561.

¹⁴⁷ Vid., CÁMARA LAPUENTE, S. (2015): Transparencias, desequilibrios e ineficacias de las cláusulas abusivas, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV, pp. 640 y sigs.

(Trabajo recibido el 17-12-2014 y aceptado para su publicación el 5-1-2015)

DERECHO COMPARADO

Vivienda familiar y endeudamiento del consumidor en las experiencias jurídicas de distintos ordenamientos*

Family house and insolvency in different legislative scenarios

por

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: No es afortunado afirmar que en una buena parte de los ordenamientos extranjeros la vivienda familiar del deudor está blindada frente a sus acreedores mientras que en España carecemos de protección al respecto. Lo segundo es lamentablemente cierto pero lo primero requiere no perder de vista las múltiples limitaciones y situaciones en las que la vivienda familiar responde por las deudas de su propietario, incluso en esos ordenamientos en los que la casa goza de una protección específica. En este trabajo se analizan diferentes escenarios legislativos focalizando la atención en el ordenamiento español en el que pudiera recibir una mayor tutela el arrendatario de una vivienda declarado

* Este estudio se integra en el Proyecto de Investigación I+D+i DER2013-48825-R, titulado «PERSPECTIVAS Y RETOS EUROPEOS EN LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS FUNDACIONES Y DEL MECENAZGO: GOBIERNO, CONTROL PÚBLICO, RESPONSABILIDAD, FISCALIDAD» y cuyo Investigador Principal es el Profesor Juan-Cruz Alli, siendo la IP 2 la autora de estas líneas. Quisiera dedicar este trabajo a mi colega y amiga, la Profesora Moretón Sanz, por la confianza y generosidad que me ha regalado a lo largo de estos casi quince años de avatares académicos compartidos.

insolvente que el propietario en esas mismas circunstancias. Lo cierto es que la pérdida de la vivienda del deudor no solamente perjudica el interés personal y familiar de este y la posibilidad de una «segunda oportunidad» sino que no beneficia, en absoluto, los intereses del concurso. Esta filosofía es la que inspira, en España, unas recientes resoluciones judiciales sobre la materia que al no reposar en un claro soporte normativo nos llevan a demandar una reforma legislativa inmediata que permita la conservación de la vivienda familiar hipotecada. Y ello porque la liquidación de la vivienda perjudicaría, también, a los acreedores hipotecarios que asistirán, si se abre un *fresh start*, a la remisión de toda aquella deuda que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía.

ABSTRACT: It is not correct to say that a good part of foreign jurisdictions the debtor family housing is shielded from its creditors while in Spain lack of protection in this regard. The second statement is unfortunately true but the first one requires studying the multiple constraints and situations where the family home is responsible for the debts of its owner even in those systems where the house has special protection. In this paper we analyze different legislative scenarios focusing on the Spanish system where it could receive greater protection the tenant of a house declared insolvent that the owner in the same circumstances. The truth is that the loss of housing not only harms the debtor's personal and family interests and the possibility of a «second chance» but that does not benefit at all, the interests of the creditors. This philosophy is what inspires some recent court decisions in Spain on this matter without a specific regulatory support. This lack lead us to demand immediate legislative reform that allows the conservation of the mortgaged family home because liquidation of housing could prejudice also mortgagees, after an eventual fresh start, because of the remission of all that debt that has not been satisfied with the performance of warranty.

PALABRAS CLAVE: Vivienda familiar. Insolvencia de persona física. Concurso. Segunda oportunidad. Descarga hipotecaria.

KEY WORDS: *Homestead. Insolvency. Bankruptcy. Fresh start. Discharge.*

SUMARIO: I. PRELIMINARES.—II. EL DERECHO AL USO DE LA VIVIENDA DEL *FALLITO* EN ITALIA.—III. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA: 1. LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA POR EL CONCURSADO. 2. LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DEL CONCURSADO. A) *La vivienda familiar no sujeta a gravamen hipotecario.* B) *La vivienda familiar hipotecada.*—IV. LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD SOBRE LA

VIVIENDA FAMILIAR EN LA EXPERIENCIA DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS. 1. EL FONDO PATRIMONIALE, EL BIEN DE FAMILIA, EL *HOMESTEAD*, O LA *INSAISSABILITÉ DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE*. 2. LA INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE EMPRENDEDORES DE 2013: UNA SOLUCIÓN PARCIAL Y LIMITADA.—V. *FRESH START* CONCURSAL Y CARGA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR.—VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.—ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—BIBLIOGRAFÍA

I. PRELIMINARES

Un pilar fundamental para alcanzar una protección sólida del interés familiar en sede de procedimientos de insolvencia es el de la tutela de la vivienda del deudor. Si bien la vivienda familiar es embargable en el concurso de acreedores español, no olvidemos que también en el procedimiento concursal está regulado un derecho de alimentos, incluso en un escenario de liquidación, cuando sea imprescindible para la atención de las necesidades mínimas del concursado y de su familia más directa. Y, naturalmente, dentro del término «alimentos» habrá que destinar una partida a proporcionar, en su caso, «techo» al deudor y a su familia en la medida en que «alimentos» también comprende todo lo que es indispensable para, entre otras cosas, «la habitación», *ex* artículo 142, primer inciso, del Código Civil. Igualmente, dentro del elenco de bienes inembargables, regulado en el artículo 606.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentra lo necesario para la subsistencia del deudor y, por tanto, también los gastos imprescindibles para poder «habitar» una casa.

Ahora bien, una cosa es la tutela de las necesidades vitales básicas del deudor y otra bien diferente es que el deudor concursado pueda conservar la propiedad de la vivienda familiar una vez que se inicia un procedimiento concursal. Es esta segunda cuestión la que suscita serias dudas, si bien unos recientes pronunciamientos del Juzgado mercantil número 10 de Barcelona introducen alguna novedad en la interpretación de los preceptos concursales aplicables, permitiendo que los concursados (un matrimonio de pensionistas) puedan acceder al beneficio de la exoneración del pasivo pendiente sin haber satisfecho alguno de los créditos privilegiados y sin que la vivienda familiar hubiera sido objeto de liquidación concursal.

Sin perjuicio de que abordemos el contenido de estas resoluciones en el último epígrafe de este trabajo, baste ahora con resaltar lo novedoso de estos Autos que, aun sin una cobertura legal expresa, se atreven —a petición de la administración concursal— a buscar una solución al problema de la vivienda que abra las puertas a lo más parecido a una verdadera *segunda oportunidad*. Porque, tal vez para muchos deudores, de nada servirá que se les exonere de la deuda hipotecaria pendiente que no se haya cubierto con la ejecución de la

garantía, al amparo del nuevo apartado quinto del artículo 178 bis de la Ley Concursal, si se les ha dejado sin la casa, sin «su» casa. Empezar de nuevo, así, puede ser muy complicado. Como señala el *Informe del Banco Mundial sobre tratamiento de la insolvencia de personas naturales*, el objetivo es que cuando los deudores reciben la exoneración y salen de la insolvencia obteniendo un «fresh start», deberían conservar suficientes propiedades para poder satisfacer sus necesidades domésticas después de la insolvencia, para ellos y sus familias (...)¹. Además, la vivienda familiar es, sin duda, el activo más importante desde el punto de vista psicológico, por servir de residencia y de punto de encuentro para la familia; y perder esa vivienda concreta puede significar un duro golpe para cualquier deudor².

Se hace, pues, imprescindible orquestar mecanismos que permitan conservar la vivienda familiar en el concurso —y tras él— porque la pérdida de la vivienda hipotecada del deudor no solamente perjudica el interés personal y familiar de este y la posibilidad de una «segunda oportunidad» sino que no beneficia, en la mayor parte de los casos, los intereses del concurso. Esta es la filosofía que inspira las recientes resoluciones judiciales a las que acabamos de referirnos, pero al no gozar de un claro respaldo normativo claman, en mi opinión, una reforma legislativa inmediata que permita la conservación de la vivienda familiar. De lo contrario, también los acreedores hipotecarios quedarán perjudicados ya que, tras la ejecución que no satisfará seguramente una parte más o menos importante de la deuda, asistirán de modo obligado, si se abre el *fresh start*, a la remisión de todo lo pendiente que no se haya podido satisfacer con la ejecución.

II. EL DERECHO AL USO DE LA VIVIENDA DEL FALLITO EN ITALIA

El segundo apartado del artículo 47 de la *Legge Fallimentare* italiana establece, en su regla segunda, que «*la casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione della attività*».

Se trata del denominado *diritto all'uso della casa di abitazione*. La doctrina italiana considera que en estos casos —a diferencia de lo que sucede con los alimentos— sí que nos encontramos ante un verdadero derecho, un auténtico derecho real de uso³. El derecho está condicionado a la existencia de tres presupuestos: que la casa sea propiedad del quebrado; que estuviese destinada a vivienda de él y de su familia en el momento de la declaración de la quiebra y que el quebrado tenga la necesidad de disponer de ella para la satisfacción de sus necesidades de habitación. En este sentido, el quebrado, propietario de un inmueble alquilado a un tercero, no puede evitar la tácita reconducción del contrato para destinarlo a vivienda propia ni pretender trasladarse a una

vivienda suya no alquilada desde la casa de sus padres donde vivía antes ya de la declaración de quiebra.

Parece que el término «casa» debe comprender también el del mobiliario en ella existente que permita una mínima habitabilidad del quebrado y/o de su familia. Sobre la inclusión del mobiliario de la vivienda habitual de la familia se ha planteado cierto debate entre los que consideran que todo mobiliario queda incluido y aquellos otros que entienden que el mobiliario que está amparado por el derecho de uso del artículo 47.2 LF es, solamente, aquel que abarca los bienes u objetos inembargables, de acuerdo con el artículo 514 del *Codice di Procedura Civile*⁴. Esta segunda posición doctrinal resulta, en mi opinión, más sensata habida cuenta del escenario de crisis en el que nos hallamos y de que las limitaciones al ámbito de actuación de los acreedores de la quiebra no deberían interpretarse de modo demasiado laxo.

El derecho al uso de la casa queda subordinado a la circunstancia de que exista una verdadera necesidad de disponer de la casa para vivir y, en este sentido, no existirá tal necesidad cuando el quebrado pueda disfrutar, en arrendamiento, de una casa perteneciente a las personas obligadas a dar alimentos o cuando pueda vivir en una casa de los mismos obligados, según la normativa civil (art. 433 *Codice Civile*). Sin embargo, no es pacífica esta conclusión, porque es difícil defender la existencia de un poder de los órganos de la quiebra para imponer al quebrado la cohabitación con terceros⁵.

Partiendo, como se ha dicho, de una «*infelice formulazione della norma*»⁶ en la medida en que fija el límite de tal derecho de uso en la «liquidación de la actividad», la Corte Suprema italiana ha interpretado que por tal expresión hay que entender la enajenación del patrimonio inmobiliario constituido por la vivienda habitual del quebrado⁷. Se ha admitido, en la doctrina italiana, que la administración de la quiebra tiene el poder de vender la casa de propiedad del quebrado, incluso antes de la fase final del procedimiento de quiebra⁸.

Y en un sentido similar, el Tribunal de Mantua, el 9 de febrero de 2011, declaró que el artículo 47, párrafo segundo de la *Legge Fallimentare*, cuando establece que *la casa di proprietà del fallito non può essere distratta dall'uso abitativo fino alla liquidazione delle attività*, no puede ser interpretado en el sentido de que el «curador» de la quiebra esté obligado a vender la casa del quebrado solamente después de haber liquidado el resto de los bienes de la masa de la quiebra. La norma solo obliga al curador a permitir el uso de la casa al deudor hasta que esta no deba ser vendida⁹.

Este pronunciamiento judicial responde a una tendencia doctrinal reciente, favorable a la liquidación de la casa del quebrado en el transcurso del procedimiento —y no al final del mismo— cuando se presenten buenas condiciones de mercado, porque ello contribuye, además, a acelerar el procedimiento, que es uno de los objetivos de la reforma concursal italiana de 2006. Con todo, y partiendo de la imprecisión de la norma italiana respecto al ámbito temporal

de ejercicio del derecho, comparto la opinión de quien considera que la venta de la casa y, en consecuencia, el cese del derecho de uso sobre la misma del quebrado y de su familia debería hacerse tras haber liquidado todo el patrimonio del quebrado¹⁰.

Debería ser, pues, el último de los activos en vender porque, indudablemente, constituye el bien más valioso no tanto por su cuantía cuanto por ser el soporte de la habitación o de la convivencia familiar del quebrado. Y en caso de haberse vendido la vivienda antes que otros activos patrimoniales, habría que procurar, de otro modo, el derecho de habitación al quebrado y a su familia, por ejemplo, a través de la vía del subsidio alimenticio previsto en el artículo 47 LF. Para evitar acudir a esta solución extrema que, de otro lado, perjudica a la masa, es mejor, indudablemente, esperar a enajenar la vivienda familiar hasta el final del procedimiento de liquidación de todos los activos.

Podrá suceder, en la práctica, que la vivienda perteneciente al quebrado sea adjudicada, antes o después de la declaración de la quiebra, al cónyuge en el correspondiente procedimiento de separación o divorcio. Debe distinguirse el caso en que la adjudicación hubiese sido inscrita antes de la quiebra, la cual sería oponible a esta, con la consecuencia de que la vivienda podría pasar a formar parte de la masa de la quiebra, pero, como inmueble ocupado, su propietario quedaría privado del uso hasta la independencia económica de los eventuales hijos de la pareja; y el caso en el que tal adjudicación del uso de la vivienda no hubiese sido inscrito o hubiese sido inscrita después de la quiebra, en cuyo caso, se equipararía a un arrendamiento no inscrito y sería oponible a la quiebra durante nueve años desde la adjudicación, si bien no es unánime esta consideración porque el 16 de marzo de 2006 entró en vigor, en Italia, la ley de 8 de febrero de 2006 que introduce un nuevo artículo 155 *quater*, aplicable también en caso de divorcio, según el cual la resolución de adjudicación de la casa al cónyuge no titular es susceptible de ser inscrita y, en consecuencia, de ser oponible a terceros a través de tal inscripción, de modo tal que, de no haberse inscrito, resultaría inoponible¹¹.

Particular atención merece la situación en la que la vivienda no sea propiedad del quebrado sino que haya sido arrendada por este. La jurisprudencia italiana, en un primer momento, consideró que el contrato de arrendamiento quedaba al margen de la quiebra y que, por tanto, debía aplicarse el artículo 80 de la *Legge Fallimentare* (sentencia de Casación Civil de 22 de octubre de 1976, número 3770)¹². Sin embargo, más adelante, tal consideración tomó otro rumbo y, actualmente, se entiende que la relación arrendaticia queda excluida de la quiebra en atención a su naturaleza personal (sentencia de Casación Civil de 9 de junio de 1993, número 6424)¹³.

Se trataría, según esta posición, de una relación jurídica de naturaleza estrictamente personal, al amparo del artículo 46.1 de la *Legge Fallimentare*, dirigida a la satisfacción de una exigencia primaria de vida y ajena a los inte-

reses de la masa. Que quede ajena a la masa tal relación jurídica se traduce en que el quebrado puede pagar las rentas necesarias para seguir disfrutando del arrendamiento con aquellos bienes excluidos de la masa de la quiebra, por lo que habrá de reservarse una determinada cuantía de los bienes excluidos para satisfacer las necesidades arrendaticias del deudor y de su familia. Esta importante distinción trazada entre el quebrado arrendatario (que tendría derecho a seguir disfrutando del arrendamiento) y el quebrado propietario que podría verse desprovisto de la casa de su propiedad ha suscitado, en algunos autores, una duda de inconstitucionalidad respecto a una disposición que ofrece una tutela más favorable a quien arrienda que a quien es propietario¹⁴.

Veremos, más adelante, que no es idéntico el tratamiento que la vivienda arrendada recibe en los supuestos de declaración de concurso en España si bien, en líneas generales, consideramos extrapolable a nuestro régimen esta última conclusión, según la cual pudiera recibir una mayor tutela el arrendatario de una vivienda declarado insolvente que el propietario en esas mismas circunstancias.

III. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LEGISLACIÓN CONCURSAL ESPAÑOLA¹⁵

El tratamiento que la vivienda familiar recibe en la legislación concursal española es notablemente diferente. Si bien el artículo 1320 del Código Civil exige el consentimiento de ambos cónyuges para la realización de actos de disposición sobre la vivienda habitual con independencia de que su titularidad sea de uno o del otro cónyuge, ello no impide el embargo de la vivienda por deudas, de modo que en el caso de que se declare el concurso respecto de uno de los cónyuges, la vivienda habitual integrará la masa activa del concurso cualquiera que sea su naturaleza, ganancial o privativa del cónyuge concursado.

Con todo, cabe traer a colación, en este escenario, el artículo 6 del Código de Comercio, no derogado expresamente por la Ley Concursal, conforme al cual aquellos bienes comunes que no hayan sido adquiridos a resultas de la actividad comercial podrían escaparse del concurso en la medida en que este sea una consecuencia del ejercicio del comercio¹⁶. Pensemos, pues, en el concurso de un empresario en el que el hogar familiar ha sido adquirido con dinero que no procede de la empresa. De otro lado, el artículo 78.4 de la Ley Concursal se encarga de regular la facultad que permite al cónyuge del concursado atribuirse la vivienda familiar en concurso en la cuota que le corresponda o en la totalidad pagando el exceso. Y de esta última regla —de la que se desprende que la vivienda, al margen de cómo haya sido adquirida, forma parte de la masa activa concursal— creo que debemos colegir una derogación tácita del precitado artículo 6 del Código de Comercio tras la entrada en vigor de la Ley Concursal. La norma concursal no diferencia al concursado comerciante del que no lo es

y, por tanto, no excluye del concurso ni a la vivienda ni a ningún otro bien del concursado adquirido con dinero no procedente del ejercicio del comercio.

En España, se ha puesto de relieve que una de las desventajas del concurso de persona física es la inmediata pérdida de la vivienda familiar, a diferencia de lo que sucede, como hemos visto, en el ordenamiento italiano. Son varios los aspectos que inciden directamente en el poco uso del concurso de acreedores por los particulares en España, y uno de ellos es, precisamente, que la declaración de concurso de persona física no supone la suspensión de la ejecución hipotecaria de la vivienda del concursado, principal —y habitualmente— único activo del particular y, a su vez, la hipoteca que la grava, el principal pasivo del mismo¹⁷. Esta suspensión se aplica únicamente a aquellos inmuebles vinculados a la actividad profesional o empresarial del deudor. En otros términos: aun estando en concurso de acreedores, el particular perderá la vivienda donde habita con la consiguiente merma de su patrimonio. Asimismo, para aquellas personas físicas que se encuentren en concurso de acreedores y vivan en régimen de arrendamiento, el desahucio de la vivienda solo podrá evitarse pagando la totalidad de las rentas debidas, por lo que la declaración de concurso por la propia persona física no aporta ninguna ventaja en este sentido respecto a la no declaración del mismo.

En definitiva, para una persona física con problemas de sobreendeudamiento, cuyo patrimonio principal y único sea su vivienda habitual (incluso viviendo en régimen de arrendamiento), acudir al procedimiento concursal en búsqueda de solución a dichos problemas, significará, casi con toda seguridad, encontrarse a la finalización del mismo sin su hogar familiar. De otro lado, el carácter de vivienda habitual de la familia no justifica un hipotético derecho de separación por parte del cónyuge del concursado, salvo que se trate de un bien privativo suyo; y si la vivienda habitual es ganancial, la única vía de la que dispone el cónyuge del concursado para salvaguardar su derecho es la que le ofrece el artículo 78.4 de la Ley Concursal en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales.

A continuación, examinaremos los tres escenarios más relevantes en los que se puede encontrar el concursado en relación a la vivienda familiar, a la luz de la vigente legislación concursal.

1. LA VIVIENDA FAMILIAR ARRENDADA POR EL CONCURSADO

Cuando la vivienda familiar del concursado lo es a título de arrendamiento se aplicará el artículo 61.2 de la Ley Concursal, según el cual la declaración de concurso no afectará a la vigencia de contratos con obligaciones recíprocas que estén pendientes de cumplimiento. Consecuentemente, aquellas prestaciones a las que esté obligado el concursado, como las rentas o precio de arrendamiento,

se harán con cargo a la masa activa. Y, de acuerdo con lo establecido en el artículo 84.2.6.º de la Ley Concursal, las cantidades debidas en concepto de arrendamiento, como las de cualquier otro contrato, tendrían la consideración de créditos contra la masa y, por tanto, para su satisfacción se detraerán de la masa los bienes y derechos (no afectos al pago de los créditos con privilegio especial), necesarios para su pago antes de proceder a pagar los créditos concursales. Con todo, es necesario recordar que tal «etiqueta», de créditos con cargo a la masa, solamente se aplicará a los créditos nacidos por el incumplimiento del concursado posterior a la declaración de concurso, pues aquellos procedentes del incumplimiento del concursado, cuando todavía no lo era, recibirán el tratamiento propio de los créditos concursales.

Ahora bien, y sin perjuicio de estas consideraciones, el arrendador, a consecuencia del impago de la renta vencida antes o después de la declaración de concurso, puede resolver el contrato e instar el desahucio del arrendatario que haya sido declarado en concurso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 62.1 de la Ley Concursal.

E, incluso en el caso en que las rentas se abonen con normalidad, se podría solicitar la resolución (más bien extinción) del contrato de arrendamiento si conviniese al interés del concurso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 61.2.2.º LC. En esta hipótesis se contraponen el interés del concurso que tratará de evitar cualquier menoscabo en la masa activa como el gasto que supone el pago de las rentas y el interés del concursado, y de su familia, de mantener la vivienda para habitación.

Difícil equilibrio el que se plantea en esta situación aunque parece obvio que el interés del concurso parece ser el actualmente predominante si bien la administración judicial no debería adoptar tal decisión de resolución hasta que termine o concluya la fase de convenio. De hacerlo antes, el perjuicio personal ocasionado al concursado y a su familia podría ser muy elevado y habría de ser compensado en la medida en que pesa sobre la masa la obligación de alimentar al concursado y a su familia. Y alimentar es también proporcionar una habitación, de modo que si se «echa» al arrendatario concursado de la vivienda habría que reservarle, con cargo a la masa concursal, las rentas necesarias para pagar otra vivienda que le sirva de cobijo.

En otros términos: las consecuencias de la resolución de un contrato de arrendamiento del concursado, al amparo del artículo 61.2 LC —para todos los contratos con obligaciones recíprocas— y en aras del interés del concurso, revertirán, de nuevo, sobre el concurso, porque, bajo el paraguas del «derecho de alimentos» del concursado y de sus familiares (art. 47 LC), la masa estará obligada a darles alimentos en el amplio sentido que el término tiene en nuestra legislación civil aplicable al caso, al no establecerse otra cosa diversa en la legislación concursal. Es obvio que sea por la vía de los alimentos, sea por la vía del patrimonio inembargable (para satisfacer las necesidades básicas del

deudor), el concursado tendrá derecho a que se le reserven unas cantidades para poder satisfacer las necesidades más elementales y básicas de su vida.

Problemática diversa a la del concursado arrendatario es la del concursado, propietario de una casa, que la arrienda a otra persona como vivienda familiar. En estos casos, la situación más delicada se puede presentar en la fase de liquidación concursal porque en la fase de convenio, al igual que sucede en el caso del concursado arrendatario, el contrato se mantendrá (*ex art. 61.1 LC*), salvo que una de las partes no cumpla con sus obligaciones y pueda solicitarse la resolución, o cuando, en interés del concurso, la administración concursal o el concursado pidan la extinción (*art. 61.2 LC*). En la fase de convenio lo normal es que la relación arrendaticia se mantenga, en la medida en que en nada perjudica al concurso del arrendador un arrendamiento en el que la vivienda pasa a integrar la masa activa y el arrendatario continúa pagando las correspondientes rentas que, igualmente, integrarán, sin perjuicio de los bienes declarados inembargables *ex artículo 76 LC*, la masa activa de ese concurso.

Sin embargo, si se abriese la fase de liquidación y, por tanto, se procediese a la enajenación de todos los activos, incluida la vivienda puesta en arrendamiento por el concursado a un tercero, es obvio que el arrendatario podría ver extinguido su contrato. Ello, naturalmente, salvo en el caso en que el arrendamiento se hallare inscrito en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso resultaría oponible a terceros y también, por tanto, a los acreedores concursales y a quien adquiriera la vivienda liquidada, que deberá respetar el arrendamiento hasta el final de su duración.

Lo mismo sucedería en el caso en que un derecho de uso fuera concedido a los hijos o al cónyuge con quien los hijos permanezcan, en aplicación del artículo 96 del Código Civil para los supuestos de nulidad, separación o divorcio. Sabiendo que tal derecho de uso es accesible al Registro de la Propiedad y, en consecuencia, oponible *erga omnes*¹⁸, figurará, como tal carga de la vivienda familiar en la lista de bienes formada para el plan de liquidación, al amparo de los artículos 148 y 149 de la Ley Concursal. Y ello no solo en los casos de adjudicación del uso al cónyuge o conviviente no propietario con quien los hijos, necesitados de protección, convivan, sino también —a mi entender— en los casos en los que el juez considere que el interés más necesitado de protección es el del cónyuge o conviviente no propietario aun en los casos en que no haya hijos comunes y tal uso acceda al Registro de la propiedad¹⁹. Lo cierto es que el acceso al Registro de la propiedad del derecho de uso de la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial o de pareja pudiera desencadenar la consecuencia de que la vivienda llegase a estar más protegida cuando la pareja o el matrimonio naufraga que cuando todo va «viento en popa».

A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento concursal español, donde los efectos del concurso sobre el contrato de arrendamiento son los mismos independientemente de quién sea el concursado (el arrendador o el arrendatario), en

otros ordenamientos, como el italiano, existen diferencias significativas. Así pues, de acuerdo con el artículo 80 de la *Legge Fallimentare*, tras la redacción dada por el Decreto Legislativo de 12 de septiembre de 2007, número 169, si es el arrendador el quebrado, la declaración de quiebra no extingue el contrato y el «*curatore fallimentare*» se subroga en el contrato. Ahora bien, si la duración del contrato de arrendamiento es superior a cuatro años, el curador tiene la facultad de desistir del contrato. Correspondería, en ese caso de desistimiento, indemnizar al arrendatario por los perjuicios ocasionados por tal desistimiento. Si, por el contrario, es el arrendatario el quebrado, el curador puede, en cualquier momento, desistir del contrato, correspondiendo indemnizar al arrendador por el desistimiento anticipado.

Hemos de observar que la facultad de desistimiento existente en el ordenamiento italiano de quiebras, según el cual se puede abandonar el contrato de arrendamiento cuatro años después, en el caso del arrendador quebrado, y en cualquier momento, en caso del arrendatario en quiebra, supone una significativa diferencia respecto al ordenamiento concursal español, donde la extinción del contrato de arrendamiento no puede producirse por el simple y libre desistimiento de la administración concursal y ha de estar justificada o bien en una causa de resolución (por incumplimiento de una de las partes) o bien en interés del concurso.

No obstante, y pese a que las circunstancias que permiten poner fin al contrato de arrendamiento a consecuencia de una declaración de concurso o de quiebra, son bien diversas en los ordenamientos español e italiano, es indudable que, tanto en uno como en otro, va a pesar sobre la masa o sobre los bienes inembargables del deudor la obligación de prestar alimentos al deudor y a su familia, garantizándoles una existencia digna y, por tanto, también un cobijo bajo el cual vivir.

En otros términos, cese o no el arrendamiento, al arrendatario habrá de asegurarse el mínimo vital, en el cual se encuentran las cantidades necesarias para poder vivir bajo un techo digno. De ahí que la Corte de Casación italiana haya considerado, como hemos anunciado, que la relación arrendaticia que recae sobre una vivienda familiar debe quedar excluida de la quiebra en atención a su naturaleza personal (sentencia de Casación Civil de 9 de junio de 1993, núm. 6424) y, al amparo del artículo 46.1 de la *Legge Fallimentare*, han de reservarse los bienes inembargables necesarios para la satisfacción de una exigencia primaria de vida.

2. LA VIVIENDA FAMILIAR PROPIEDAD DEL CONCURSADO

A) *La vivienda familiar no sujeta a gravamen hipotecario*

Una de las particularidades más relevantes que puede presentar la vivienda familiar libre de carga hipotecaria en el concurso es la paralización de las ejecu-

ciones singulares sobre la misma. El artículo 55 de la Ley Concursal establece que una vez declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. En consecuencia, no podrá ejecutarse, de modo separado, la vivienda familiar; y todas aquellas actuaciones que contra la vivienda se hallaren en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de la declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos (art. 55.2 LC).

La paralización de las ejecuciones singulares no solamente beneficia al conjunto de acreedores en concurso y a la *par conditio creditorum* sino que también resulta favorable al deudor en la medida en que se abre la posibilidad de alcanzar un convenio, con quita o espera del crédito que se reclamaba. Como se sabe, la propuesta de convenio deberá presentarse acompañada de un plan de pagos con detalle de los recursos previstos para su cumplimiento, incluidos, si fuera el caso, los recursos derivados de la enajenación de determinados bienes o derechos del concursado, entre los que se puede encontrar la vivienda familiar (art. 100.4 LC).

En consecuencia, la vivienda familiar puede resultar ya enajenada en la fase de convenio pero lo cierto es que mientras no se llegue —si se llega— a la fase de liquidación, el concursado podría conservar el uso de la vivienda familiar. Abierta la fase de liquidación, las cosas empeoran notablemente para el concursado y el plan de liquidación de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso afecta también, si no se ha enajenado antes, a la vivienda familiar. La fase de liquidación supone, por tanto, la pérdida de la vivienda familiar con independencia de que el deudor sea de buena o mala fe o haya incurrido en un sobreendeudamiento irresponsable.

Observemos que no dista tanto el tratamiento del uso de la vivienda familiar en el ordenamiento de quiebras italiano de la hipotética conservación de la vivienda en caso de que la propuesta de convenio no haya previsto su enajenación para dar cumplimiento al plan de pagos. Llegados a la fase de liquidación de bienes y derechos, el uso, la conservación de la vivienda familiar cesa en ambos ordenamientos. Sin embargo, es posible conservar la vivienda antes de llegar a ese estadio, en todo caso, en el ordenamiento italiano; y siempre que no se haya previsto la enajenación en el convenio, en el ordenamiento español.

Así pues, resulta curioso —tal vez paradójico— vislumbrar cómo si la vivienda no está hipotecada (y, por tanto, resulta menos costosa y gravosa para el deudor) la ejecución que recaiga sobre la misma se suspende o paraliza y, salvo que se abra la fase de liquidación, el deudor podrá conservar la propiedad de la misma; mientras que recayendo sobre la vivienda una hipoteca (e indudablemente siendo más penosa y gravosa su adquisición) el deudor verá cómo, en principio, la ejecución seguirá adelante y perderá la propiedad de la misma. A ello dedicaremos alguna atención en el siguiente apartado.

*B) La vivienda familiar hipotecada*²⁰

Y si ya la vivienda familiar resulta embargable en concurso, la ejecución hipotecaria de la vivienda habitual en el seno de un procedimiento concursal es uno de los ámbitos en los que se aprecia un trato perjudicial a la insolvencia de la persona física no empresaria respecto a la insolvencia del empresario o profesional.

Como se sabe, la declaración de concurso desencadena la paralización de las acciones individuales que se hubieran iniciado sobre los bienes del concursado así como la prohibición de nuevas ejecuciones singulares judiciales o extrajudiciales, con la salvedad del artículo 55.1 de la Ley Concursal, y solo hasta la aprobación del plan de liquidación, de aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y de aquellas ejecuciones laborales en las que se hubiera embargado bienes del concursado antes de la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

Ahora bien, la paralización o suspensión de las ejecuciones singulares no afecta a los acreedores que dispongan de una garantía real (art. 55.4 LC en conexión con el art. 56 del mismo texto) quienes, como regla general, podrán iniciar o continuar la ejecución hipotecaria y solamente pierden el derecho de ejecución separada cuando se abre la fase de liquidación (art. 57.3 LC).

Si no fuera porque la Ley Concursal distingue entre bienes afectos y no afectos a la actividad comercial o empresarial del deudor, la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar podría quedar en suspenso, a la luz de la regla general del artículo 55.4. Pero, en efecto, el artículo 56.1 dice que *«los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación...»*²¹. De ello se desprende, obviamente, que los bienes no afectos a la actividad profesional o empresarial quedan fuera del paraguas protector de la norma²². Así sucedió en muchos casos enjuiciados por nuestros tribunales, como, por ejemplo, en el visto por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca (auto de ejecución hipotecaria de 25 de mayo de 2010) en el que se confirmó su competencia para ejecutar un bien inmueble aunque fuese la vivienda familiar del concursado. Igualmente sucedió en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17.^a), de 18 de abril de 2011, en el Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 5.^a), de 28 de junio de 2007 y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3, Barcelona, de 29 de diciembre de 2004. En todos estos pronunciamientos se reconoce que es

el Juzgado de lo Mercantil el que tiene capacidad para determinar si el bien susceptible de subasta está afecto a la actividad productiva del concursado y en caso de no reconocer esta afección (que es lo que sucede cuando el bien es la vivienda del concursado) la ejecución hipotecaria prosigue en el Juzgado de Primera Instancia donde el acreedor la instó.

Con todo, si bien es esta la interpretación efectuada de modo mayoritario por quienes se ocuparon de este tema, no hay que desdeñar la visión de quienes, basándose en que el Anteproyecto de Ley Concursal de 30 de marzo de 2000 no realizaba tal diferencia entre bienes afectos y bienes no afectos, entienden que el vacío normativo hoy existente respecto a los bienes afectos conduce a aplicar a estas ejecuciones la regla general, es decir, la paralización o suspensión de las ejecuciones (arts. 55.1 y 55.2 LC), lo que implicaría la pérdida del privilegio de la ejecución separada²³.

En este sentido, se propone una suerte de interpretación correctora de la Ley Concursal a la luz de la realidad social del momento en que vivimos, siempre que no perjudique el interés del concurso. Tal interpretación consiste en partir de que la excepción prevista en el artículo 55.4 lo es solamente para las hipotecas sobre bienes afectos a la actividad empresarial, de modo que las hipotecas sobre bienes no afectos se rigen por la regla general del artículo 55.2, es decir, suspendiéndose la ejecución con efectos desde la fecha de declaración de concurso. Esta interpretación podría prosperar —se ha señalado— en un contexto de grave crisis económica como el que vivimos, para la problemática de la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar del concursado²⁴.

Parece sumamente razonable esta posición y, sin duda, la más acorde con los tiempos que vivimos, pero cabe preguntarse por qué no queriéndose que así sean las cosas no se ha aprovechado alguna de las múltiples reformas que se han realizado de la Ley Concursal, desde su aprobación en 2003, para establecer la suspensión o paralización de la ejecución, no solo de los bienes afectos que expresamente ha figurado siempre, sino también de algunos de los no afectos, fundamentales para vivir el concursado, como su vivienda familiar. Sin embargo, no es eso lo que ha acontecido. La Ley concursal se ha reformado en múltiples ocasiones y el artículo 55.4 no se ha tocado para incluir lo que parece razonable, es decir, la vivienda familiar. De otro lado, si inicialmente en un Anteproyecto de la vigente Ley Concursal (30 de marzo de 2000) tanto las ejecuciones sobre bienes afectos como no afectos eran objeto de suspensión y no se establecía distinción alguna entre bienes afectos y bienes no afectos y, luego (Anteproyecto de 7 de septiembre de 2001), se suprimió la referencia a los «bienes no afectos», será porque a propósito quiso mantenerse tal distinción.

En consecuencia, dudo acerca de si los tribunales efectuarán una interpretación de las normas que lleven a conclusiones diferentes de lo que quiso el legislador, no necesariamente justo.

Y esta distinción —justificada o no— arrastra consecuencias importantes si el concurso finaliza en liquidación, porque, entonces, entiendo que no cabría la posibilidad de que la administración concursal que lo desee acuda a la facultad que le otorga el artículo 155.2 de la Ley Concursal en el intervalo entre la suspensión de la ejecución hipotecaria iniciada antes de la declaración de concurso ante el juez civil, incompetente para el conocimiento de la ejecución desde la declaración de concurso (art. 8.3 LC) y su reanudación ante el juez del concurso, siempre que con ello se pueda obtener algún beneficio para el concurso. Sin embargo, tal vez realizando una interpretación extensiva —que no analógica— del artículo 155.2 de la Ley Concursal, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 10 ha permitido que una administración concursal suspenda, de modo indefinido, la liquidación de un crédito hipotecario sobre la vivienda familiar de dos pensionistas que viven con dos de sus cinco hijos (Autos número 138/2015 y 139/2015, de 15 de abril).

Es indiscutible, a mi modo de ver, la justicia de la resolución, si bien la arquitectura jurídica de estos Autos podría tambalearse en la medida en que la letra de la ley —al menos por el momento— no admite excepcionar la liquidación de bienes no necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. A ello dedicaremos el último de los epígrafes de este estudio porque es cierto que dándose determinadas circunstancias, como estar al corriente del pago de la deuda hipotecaria y la posibilidad de asumir las cuotas hipotecarias futuras, la liquidación de la vivienda debería quedar en suspenso. Pero para ello es necesario demandar una cobertura legal futura a esta situación.

Lo cierto es que no concurriendo las circunstancias que acabamos de anunciar y que dan lugar a esas resoluciones judiciales —nada frecuentes por el momento—, la ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar seguirá su curso. Y, en este sentido, tampoco la reciente normativa de 2012 sobre protección de deudores hipotecarios hace nada para impedir que el procedimiento de ejecución hipotecaria sobre la vivienda familiar prosiga. Tanto el Real Decreto 6/2012, de 9 de marzo, como el Real Decreto-ley 27/2012, ambos de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, y reforzando el último de los citados la protección frente al desahucio, no otorgan un tratamiento especial a la vivienda familiar y no alteran el procedimiento de ejecución hipotecaria, de modo que aunque se detenga el desahucio, la deuda sigue aumentando y la vivienda será finalmente, antes o después, subastada.

Tampoco impiden la definitiva ejecución de la vivienda ni la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ni la Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, que supone la culminación del desarrollo del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, cuya intención es la de regular, en el ámbito que nos ocupa, medidas de prórroga de dos años de la suspensión

de los desahucios sobre viviendas habituales para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, permitiendo la reestructuración de su deuda.

No olvidemos que, debajo de todo ello, late, aunque no sea políticamente correcto decirlo, un problema de sobreendeudamiento de los particulares o, dicho de otro modo menos eufemístico, de endeudamiento irresponsable. Parece que el legislador español —pero tampoco el Parlamento europeo y el Consejo en la reciente Directiva de 4 de febrero de 2014— afrontan la cuestión del sobreendeudamiento, tal vez porque ello podría desencadenar un encarecimiento del crédito. Encarecimiento del crédito que también se vería favorecido si la vivienda —habitualmente el bien inmueble de más valor y, lamentablemente, el único en muchos casos— no fuese susceptible de embargo. Ha sido ya criticado en nuestro ordenamiento que el mercado crediticio en España se asiente, solo, en la composición del patrimonio embargable y que no se tengan en cuenta los denominados «criterios comportamentales», a diferencia de lo que sucede en los países anglosajones²⁵.

IV. LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA EXPERIENCIA DE ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

1. EL FONDO PATRIMONIALE, EL BIEN DE FAMILIA, EL HOMESTEAD, O LA INSAISSABILITÉ DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE

Ya hemos anticipado que en el ordenamiento concursal italiano, la vivienda familiar goza de una cierta protección en la medida que en que no se le priva, al quebrado, del uso de la misma de modo automático. Pero también, con carácter general, en Italia puede constituirse el denominado *fondo patrimoniale*, en virtud del cual los cónyuges pueden separar parte de su patrimonio (normalmente la vivienda) y destinarlo a la satisfacción de las necesidades de la familia sin que pueda ser embargado por deudas derivadas de la profesión o actividad empresarial de cualquiera de los cónyuges. Se trata de un patrimonio de afectación, de perfiles similares al *trust* anglosajón, que introduce una importante regla de limitación de la responsabilidad patrimonial universal.

El fondo patrimonial está regulado en los artículos 167 a 171 del Código Civil italiano y viene a sustituir a instituciones históricas como la dote, si bien salvaguardando el principio de igualdad conyugal. Se constituye en escritura pública por uno o ambos cónyuges o por un tercero, a través de la aportación de bienes muebles o inmuebles con el objeto de hacer frente a necesidades familiares. La ventaja que tiene la institución es que los bienes sujetos al fondo patrimonial quedan fuera de la agresión de los acreedores surgidos con posterioridad a la constitución del fondo, siempre que el acreedor conozca que la deuda

se contrae para fines distintos de la atención de las necesidades familiares («*la esecuzione sui beni del fondo e sui frutti di essi non può aver luogo per debiti che il creditore conosceva essere stati contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia*»), establece el artículo 170 del *Codice Civile*).

Sin embargo, este blindaje de la casa familiar italiana, a través del *fondo patrimoniale*, se ve sensiblemente debilitado a raíz del *Decreto Legislativo* núm. 83/2015, de 27 de junio de 2015. Si, tras esta nueva regla, una persona constituye un *fondo patrimoniale* sobre la casa familiar, por ejemplo, el 1 de marzo de 2016, inscribiéndolo como corresponde y el 1 de julio contrae un préstamo hipotecario y, poco después, deja de pagar, el Banco podrá ejecutar forzosamente el bien del denominado *fondo* en el plazo de un año desde su constitución, es decir, en el ejemplo presentado, hasta el 1 de marzo de 2017, sin necesidad de ejercitar acción revocatoria alguna contra el *fondo patrimoniale*. Se invierte, pues, la carga de la prueba: ya no es el acreedor el que deba acreditar los perjuicios —o el fraude— que el acto del deudor le haya irrogado, sino que es el deudor el que tenga que defenderse de una suerte de presunción de culpabilidad por parte suya. En efecto, el nuevo y extenso artículo 2929 bis del *Codice Civile* establece, en un primer párrafo y con una redacción un tanto pomposa, lo siguiente: «*Il creditore che sia pregiudicato da un atto del debitore, di costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito, può procedere, munito di titolo esecutivo, ad esecuzione forzata, ancorché non abbia preventivamente ottenuto sentenza di vittorioso esperimento dell'azione revocatoria, se trascrive il pignoramento nel termine di un anno dalla data in cui l'atto è stato trascritto (...)*».

También en Italia, a partir de una reforma del año 2006, existe el denominado negocio de *destinazione* regulado por el artículo 2645 ter del *Codice*, según el cual cabe la adscripción de bienes muebles o inmuebles por un periodo no superior a 90 años o durante la vida de la persona física beneficiaria, con la intención de salvaguardar intereses dignos de tutela como la protección de las personas con discapacidad, de las Administraciones Públicas u otras entidades o personas físicas. Los bienes adscritos y sus frutos no se pueden usar para un fin diverso de aquel al que han sido destinados y no pueden ser objeto de medidas de ejecución, ni siquiera concursales, salvo por deudas contraídas para ese fin digno de tutela para que el que se han constituido.

Vemos, pues, que tanto el *fondo patrimoniale* como los *atti di destinazione*, con sus fortalezas y debilidades, constituyen patrimonios separados a través de los cuales la vivienda familiar pudiera quedar salvaguardada del *fallimento* de su propietario, cuestión que hoy por hoy no cabría darse en el ordenamiento español.

En el caso de muchos estados de los Estados Unidos de América, la *homestead exemption* permite que una parte o toda la vivienda sea inembargable por

los acreedores y, cuando la exención es parcial, se permite que la vivienda sea ejecutada pero parte del dinero obtenido debe entregarse al deudor. Al parecer, el *homestead* tuvo su origen en el Estado de Texas, por una Ley de 26 de enero de 1839) y, posteriormente, la institución se extendió a otros estados de USA²⁶. El régimen de la *homestead exemption* puede ser legal o voluntario y solo recaerá sobre la residencia o vivienda principal de su propietario. El tipo de protección que ofrecen los diferentes Estados es variable, como veremos a continuación²⁷.

Algunos Estados protegen solamente la propiedad hasta un cierto valor, mientras que otros están condicionados por limitaciones espaciales (en *acres* o unidad de superficie empleada en determinados países). Así, por ejemplo, California protege hasta 75.000 dólares en los casos de personas solteras, 100.000 dólares en casos de parejas casadas, y 175.000 dólares en supuestos de personas con una cierta discapacidad reconocida por la ley. En California, el 23 de febrero del año 2015, se introdujo el denominado *Senate Bill*, aplicable también a supuestos de quiebra, conocido como *SB 308* y cuyo autor es el senador Wiekowski²⁸. Inicialmente, el valor de la casa que quedaba excluido de la ejecución de los acreedores eran 700.000 dólares cuando se trataba de personas de edad y parejas casadas, pero recientemente se redujo a 300.000 dólares. Texas, Florida, Iowa, South Dakota, Kansas y Oklahoma presentan algunos de los más amplios sistemas de protección de la vivienda en los Estados Unidos, no en precio de la casa sino en superficie²⁹. New Mexico excluye de la acción de los acreedores un valor de 60.000 dólares, Alaska 54.000 dólares y Colorado 60.000 dólares, ó 90.000 en los casos de personas de más de 60 años o con discapacidad.

Especial relevancia adquiere, en el marco de este estudio, el *homestead exemption* en los supuestos de quiebra de su propietario. El capítulo 7 de la legislación federal norteamericana (Chapter 7, Title 11 del Código de los Estados Unidos, o *Bankruptcy Code*) prevé la protección de la denominada *equity*, es decir, el valor de la propiedad menos las cargas que recaigan sobre la vivienda principal de la familia. Esa *equity* no podrá ser agredida por los acreedores concursales³⁰. La cuantía protegida por el régimen federal de la *homestead exemption* es de unos 23.000 dólares (ó 46.000 en los casos de parejas casadas), cuantía que se actualiza cada tres años. El sistema de la *homestead exemption* permite, en los casos de quiebra, sustraer una cierta cuantía de la *equity* y protegerla de la masa activa concursal (*bankruptcy trustee*). Así, por ejemplo, si el valor de una casa es aproximadamente 300.000 dólares y pesa sobre la misma una hipoteca de 200.000 dólares, el propietario tendrá una *equity* de 100.000 dólares. Si este propietario vive en un estado en el que su *homestead exemption* es de 75.000 dólares, su *equity* está protegida y los acreedores de la quiebra no pueden perseguir la vivienda de ese propietario. Sin embargo, si ese propietario vive en un estado en el que el valor protegido por su *homestead exemption* es de solamente 10.000 dólares, entonces la masa de acreedores podrán ejecutar esa vivienda y el propietario tendrá derecho a recibir la cuantía de la *homes-*

tead exemption, es decir, 10.000 dólares ya que el resto se destinará a pagar la hipoteca, los créditos concursales y gastos del concurso³¹.

El *homestead exemption* constituye una manifestación de lo que se ha denominado la «inviolabilidad económica del hogar familiar»³², si bien lejos de ser absoluta aparece, en todas las jurisdicciones de los Estados Unidos, con limitaciones importantes, pues, de lo contrario, el mercado crediticio cerraría las puertas a la mayor parte de los particulares que a él se acercasen.

En Francia, existe un expediente de declaración de inembargabilidad de la vivienda del empresario individual, al amparo del artículo 526-1 del Código de Comercio francés. Fue la Ley 2003-721, de 1 de agosto de 2003, la que introdujo la figura en el Código de Comercio francés. Esta Ley, conocida como *loi Dutreil*, estableció un amplio paquete de medidas de política económica, jurídica y fiscal, y entre ellas, la declaración, a través de un acto voluntario y formal, de la inembargabilidad de la vivienda habitual para el empresario o profesional persona física, introduciéndose, así, una importante excepción a las normas que regulan la responsabilidad patrimonial universal en el ordenamiento francés. El precitado artículo 526 del Código de Comercio fue recientemente modificado a través de la Loi núm. 2015-990, de 6 de agosto de 2015. Establece el precitado artículo que «*les droits d'une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale sont de droit insaisissables par les créanciers dont les droits naissent à l'occasion de l'activité professionnelle de la personne. Lorsque la résidence principale est utilisée en partie pour un usage professionnel, la partie non utilisée pour un usage professionnel est de droit insaisissable, sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire (...)*».

Son dos las principales novedades introducidas por la reforma francesa de 2015: de un lado, los efectos de esta declaración de inembargabilidad de la vivienda se desencadenan respecto, exclusivamente, a los acreedores profesionales del dueño de la vivienda nacidos después de tal declaración. Y, de otro lado, el último párrafo ha experimentado un importante cambio en virtud de la citada ley de 2015 respecto a la redacción dada por la originaria norma de 2003 que exigía, en los casos de vivienda empleada en parte para uso profesional y en parte para uso personal o familiar, un claro estado de división del inmueble que especificase qué parte no estaba afecta al uso profesional, y solamente así se admitía la declaración de voluntad de inembargabilidad sobre tal parte. Con los cambios introducidos por la Ley de 2015 se facilita la declaración al empresario o profesional que quiera «liberar» o declarar inembargable su vivienda o la parte de su vivienda usada para «morar», sin que se exija una declaración de división que especifique la parte destinada a vivienda.

El origen de la declaración de inembargabilidad de la vivienda familiar en el Código de Comercio francés tiene su origen en la regulación del *bien de famille*,

procedente de una Ley de 1909, que tuvo escaso éxito práctico y que luego habría de ser sustituida por la institución a la que acabamos de referirnos, en tanto en cuanto el valor máximo declarado inembargable era de 50.000 francos, es decir, menos de 8000 euros, cantidad realmente insignificante, en relación con el importe de una vivienda, en la Francia —y en la Europa— del siglo XX.

La denominación francesa de «bien de familia» fue tomada, en préstamo, por nuestra América Latina por parte de varios de sus legisladores. Interesante es el caso del legislador argentino, quien durante muchos años reguló esta figura en una Ley de 30 de julio de 1954, denominada «ley ómnibus» 14.394³³. La regulación del «bien de familia» en esta ley fue sustituida por el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, sancionado el 1 de octubre de 2014 y que entró en vigor en agosto del siguiente año³⁴. Las principales novedades del nuevo sistema, que ya no emplea la denominación de «bien de familia», consisten, a mi juicio, en que se extiende la protección a la persona que vive sola y también al conviviente y, por tanto, no solo la familia matrimonial goza de los beneficios de la oponibilidad de la inscripción de la vivienda familiar. Esta oponibilidad rige respecto a los acreedores posteriores a tal inscripción, exceptuando determinados créditos como los derivados de los gastos de la propia vivienda o los alimenticios (arts. 244 y sigs.). De otro lado, se prevé expresamente la subrogación real que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que proceda del seguro o de una expropiación.

Y, de especial relevancia para este estudio, el nuevo régimen resuelve problemas discutidos en la doctrina argentina como el relativo a la quiebra del titular de la vivienda familiar y la confluencia de acreedores anteriores y posteriores a la inscripción o afectación del «bien de familia»³⁵. Se adopta el criterio según el cual el activo liquidado pertenece solamente a los acreedores anteriores a la inscripción de la vivienda, como bien «afecto» especialmente protegido³⁶. Y si quedase remanente, este se entregaría al propietario, de modo que el síndico de la quiebra carecería de legitimación para instar el remate. En consecuencia, son dos los principios inspiradores del tratamiento de la vivienda familiar en un proceso concursal: de un lado, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores anteriores a la afectación y a los posteriores exceptuados; y, de otro lado, y de acuerdo con la subrogación real establecida en el nuevo artículo 248, «*la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio*», de modo tal que si sobra algo de la ejecución de la vivienda, el remanente no podrá ir a parar a la masa de la quiebra porque, en virtud del principio de subrogación real legalmente establecido, también ese importe resulta especialmente «afectado».

Aparte de esta protección específica derivada de la afectación de la vivienda, el nuevo Código Civil y Comercial argentino establece un régimen genérico

de inembargabilidad de la vivienda familiar respecto de deudas posteriores al matrimonio o a la inscripción de la unión convivencial que no hayan sido contraídas por ambos cónyuges o convivientes, o por uno con el asentimiento del otro (arts. 456, 522 Código Civil y Comercial de la Nación). Igualmente, las ropas y los muebles de uso indispensable y los instrumentos para el ejercicio profesional de los miembros de la familia (art. 744 a] y b] del Código Civil y Comercial) quedarían excluidos de embargo.

Con todo, no descuidemos el importante detalle de que una deuda hipotecaria que recaiga sobre la vivienda familiar —o cualquier otra que se haya contraído con el consentimiento conjunto de los cónyuges— podrá dar lugar a un embargo de la vivienda familiar, habida cuenta de que la deuda hipotecaria como cualquier otra que requiera una disposición de los derechos que se tengan sobre la vivienda familiar requerirá el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, según el primer párrafo del artículo 456.

Todas estas limitaciones de la responsabilidad patrimonial universal del deudor no tienen buena acogida en el ordenamiento español, donde, como se sabe, no pueden constituirse fundaciones para fines privados o fundaciones familiares, ni fiducias o *trusts*. Muy distinta es la filosofía anglosajona donde la figura del *trust* da cobijo a limitaciones de responsabilidad sin finalidad altruista o suficientemente justificada. Ante ello, es indudable pensar en el contraste que existe, *prima facie*, en cuanto a la protección de la vivienda familiar en nuestro ordenamiento respecto a algunos de los ordenamientos que hemos examinado anteriormente.

No obstante, considero que este contraste es más aparente que real y no sería afortunado afirmar que en una buena parte de los ordenamientos extranjeros la vivienda familiar está blindada mientras que en España carecemos de protección al respecto. Lo segundo es lamentablemente cierto pero lo primero requiere no perder de vista las múltiples limitaciones y situaciones en las que la vivienda familiar responde por las deudas de su propietario.

Vamos a referirnos a algunas de esas restricciones. Podríamos sintetizarlas en dos grupos: unas de carácter subjetivo y otras objetivas.

Las primeras —las subjetivas— son patentes en el ordenamiento francés —y también en la nueva Ley española de apoyo a los emprendedores, como veremos a continuación— en tanto en cuanto solamente determinados sujetos se podrán ver favorecidos por la citada declaración de inembargabilidad de la vivienda familiar: los empresarios o profesionales. El resto de personas físicas, consumidores todos, pero que no tengan la cualidad de empresarios o profesionales no podrán beneficiarse de la norma del artículo 526 del Código de Comercio francés. De otro lado, a la importante limitación subjetiva que acabamos de enunciar hay que añadir otra restricción derivada de la naturaleza de las deudas contraídas por ese empresario o profesional: solamente es inembargable la residencia familiar por las deudas de carácter profesional.

Las restricciones de índole objetiva se pueden hallar en el sistema norteamericano del *homestead exemption* y es que, en términos generales y en casi todos los estados de USA, la protección frente al embargo de la vivienda familiar se limita —solo— a una parte del valor de la vivienda y, cuando la vivienda integra la masa concursal de su propietario, la protección frente al embargo se restringe a la denominada *equity*, es decir, primero hay que determinar el valor de la vivienda sin las cargas que recaigan sobre la misma y, respecto a esa diferencia, se protege una parte, en función del *homestead exemption* de cada estado.

Mucho más amplia es, sin duda, la protección que unos cuantos ordenamientos iberoamericanos —y, singularmente, la nueva regulación argentina— dispensan al hogar familiar, donde no encontramos ni las limitaciones objetivas ni las subjetivas que acabamos de reflejar. Con todo, este régimen de afectación de la vivienda familiar no es oponible a un grupo de acreedores que, sin duda, serán de los más frecuentes en la realidad socio económico contemporánea, esto es, aquellos que tienen una garantía real sobre el inmueble y, en concreto, los hipotecarios.

En consecuencia, la protección de la vivienda familiar frente a la agresión de los acreedores, lejos de ser absoluta, tiene relevantes cortapisas en todos los sistemas, como no podría ser de otro modo si queremos que el crédito familiar fluya con cierta facilidad. Cuestión diferente es que no debiera darse un automatismo en la ejecución de este bien —ni siquiera en fase de liquidación de los activos por un concurso o quiebra— y deberían orquestarse mecanismos que permitan que las familias puedan acometer un plan de pagos razonable respecto a determinados activos de singular relevancia.

2. LA INEMBARGABILIDAD DE LA VIVIENDA HABITUAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE EMPRENDEDORES DE 2013: UNA SOLUCIÓN PARCIAL Y LIMITADA

Y, en España, lo más cercano a estos expedientes de inembargabilidad de la vivienda familiar lo podemos hallar en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que introduce la figura del emprendedor de responsabilidad limitada, con origen en el derecho francés, una de cuyas principales ventajas es que la vivienda habitual de tal «emprendedor» no responde de sus deudas³⁷.

Ahora bien, la no embargabilidad de la vivienda familiar es, en realidad, una excepción, que acontece solamente en determinados casos, ya que la vivienda habitual puede resultar embargada por deudas que no sean empresariales o profesionales, pero también por deudas tributarias o de la Seguridad Social (pensemos que en el caso del emprendedor estas pueden representar un porcentaje nada desdeñable); por deudas que no traen causa de la actividad empresarial; por deudas anteriores a la constitución como Emprendedor de Responsabilidad

Limitada, salvo que consientan los acreedores la renuncia a embargar el bien; cuando la vivienda es propiedad del cónyuge del emprendedor; cuando la vivienda que sea propiedad del Emprendedor de Responsabilidad Limitada no sea la que este usa como residencia; si se traslada a otra vivienda habitual que ya no cumpla alguno de los requisitos legales, es decir, si la vivienda tiene un valor superior a 300.000 euros (ó 450.000 euros en viviendas de más de un millón de habitantes)³⁸.

La medida regulada en el artículo 8 de la Ley de Emprendedores no es, en sentido estricto, una limitación de responsabilidad sino una «declaración de inembargabilidad» de la vivienda habitual.

Son tantas y tan relevantes las excepciones que abocan al embargo de la vivienda familiar que el número de acreedores a los que afectaría queda reducido y fuera de los proveedores, pocos más van a ser los «perjudicados» si pensamos que, en el caso de los Bancos, no serán muchos los que concedan créditos sin que el deudor renuncie a su condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada.

«Mucho ruido y pocas nueces» sería uno de los dichos castizos que mejor resumirían este aparente beneficio de la Ley de Emprendedores consistente en que la vivienda familiar no se embarga. En otros términos: convertirse en Emprendedor de Responsabilidad Limitada requiere un proceso lo suficientemente complejo como para medir si compensa el esfuerzo. Posiblemente la figura de la *société limitée unipersonal* permite, con menos parafernalia, proteger no solamente la vivienda habitual sino todo el patrimonio del emprendedor y frente a todo tipo de acreedores. En efecto, de este modo se separaría del patrimonio personal o familiar un patrimonio empresarial de afectación al pago de todas las deudas empresariales.

Con todo, no hay que descuidar los aspectos delicados y complejos de delimitar los patrimonios de afectación, así como su transparencia contable y publicidad registral, inconvenientes todos ellos que llevaron, en Francia, al denominado Informe Champaud, a petición del Gobierno francés, de 26 de octubre de 1977, y al Informe Roux, también a petición del Gobierno francés, en noviembre de 2008, y posterior a la Ley francesa de modernización de la Economía, de 4 de agosto de 2008, que introdujo en el Código de Comercio francés la posibilidad de declarar la inembargabilidad de bienes inmuebles determinados —entre ellos la vivienda familiar— por deudas empresariales, modificando el artículo 526 del Código de Comercio francés³⁹.

La estela de la norma mercantil francesa la seguía, en nuestro país, la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, en mayo de 2008, con un régimen que podríamos denominar de «afectación negativa» o de inembargabilidad de concretos bienes inmuebles no sujetos a la responsabilidad empresarial. Y el artículo 7 de la Ley de Emprendedores sigue, aunque tímidamente, este modelo⁴⁰. De

un sistema de afectación positiva a las deudas empresariales se pasaría a un modelo de afectación negativa, delimitando lo que no se puede embargar por tal tipo de deudas.

Ahora bien, así como la reciente ley española de emprendedores solamente contempla la posibilidad de acogerse a la denominada «inembargabilidad» de la vivienda familiar, el Código de Comercio francés regula tanto la declaración de inembargabilidad como el patrimonio de afectación profesional. La declaración de inembargabilidad cristaliza en el artículo 526-1 del Código de Comercio, ya citado, según el cual una persona física inscrita en un registro de carácter profesional o que ejerza una actividad profesional agrícola o independiente puede declarar inembargables sus derechos sobre el inmueble de su residencia principal así como todo bien inmueble, edificado o no, que no haya afectado a su uso profesional. Si el declarante está casado en algún régimen de comunidad de bienes, debe acreditar que su esposa conoce la declaración de inembargabilidad al inscribir esta en el Registro de publicidad legal de carácter profesional. La declaración de inembargabilidad debidamente inscrita produce efectos frente a los acreedores cuyos créditos nazcan después de la inscripción. Observemos que igual sucede en el caso de la inscripción del denominado *bien de familia* —ahora «vivienda»— en el ordenamiento argentino. La declaración de inembargabilidad es oponible al concurso de acreedores del declarante con tal de que se haya publicado antes de la liquidación concursal y no puede considerarse hecha con fraude aunque el declarante estuviera en situación de sobreseimiento en los pagos, salvo que se pruebe que este no podía ignorarlo⁴¹. Si el bien sobre el que recae la declaración de inembargabilidad ha sido adjudicado al otro cónyuge a consecuencia de la disolución del régimen económico matrimonial, la declaración de inembargabilidad sigue pesando sobre el bien adjudicado al otro cónyuge. No obstante, si el declarante fallece se desencadena la revocación de la declaración de inembargabilidad, por tratarse de un derecho personalísimo del declarante.

Además de la declaración de inembargabilidad, existe en el ordenamiento francés el denominado patrimonio de afectación profesional creado por la Ley número 2010-658, de 15 de junio de 2010, que da una nueva redacción al artículo 536-6, párrafo 1.º del Código de Comercio, de modo que todo empresario individual puede afectar a su actividad profesional un patrimonio separado de su patrimonio personal, sin necesidad de crear una persona jurídica. Existe una separación total entre el patrimonio afectado y el personal con la consecuencia de que los acreedores del patrimonio afectado no pueden dirigirse contra el patrimonio personal ni los acreedores personales pueden perseguir el patrimonio afecto o profesional. Las diferencias entre la declaración de inembargabilidad del artículo 526-1 del Código de Comercio y el patrimonio empresarial afecto son claras: con la primera se excluye, del embargo por deudas contraídas en el ámbito de la actividad empresarial, la vivienda residencia principal y otros inmuebles

concretos del patrimonio; con la segunda figura se sujeta a responsabilidad por deudas empresariales un determinado patrimonio (con su activo y pasivo)⁴².

Pues bien, como decíamos anteriormente, la ley española de apoyo a los emprendedores sigue la senda de la primera de las figuras del ordenamiento francés, descrita en las líneas precedentes si bien con muchas excepciones que, como hemos anticipado, tal vez desnaturalizan la pretensión de una supuesta «limitación de la responsabilidad». De otro lado, no perdamos de vista que una interpretación literal de la norma haría que una vivienda de 300.020 euros resulte ejecutable en su integridad. Ello ha llevado a algunos autores a plantearse que, al amparo de una interpretación teleológica, la limitación de responsabilidad opera solo hasta la cuantía establecida en la norma, resultando embargable el exceso⁴³. Y así, por ejemplo, podríamos encontrarnos con una vivienda de lujo inscrita a nombre del «emprendedor» y de su cónyuge, casados en régimen de gananciales. Según esta interpretación, el valor de la vivienda hasta 300.000 euros podría quedar exento de ejecución y el resto sería embargable. Sin embargo, algunos autores entienden que «con ello no se respetaría el principio de no hacer inembargable una vivienda de lujo que es —al parecer— la *ratio legis* de este régimen y se estarían lesionando los intereses de los acreedores, más allá de lo que dispone la Ley»⁴⁴.

Es importante subrayar que el Código de Comercio francés no establece un límite cuantitativo a la inembargabilidad de la vivienda habitual, dejando a la libre decisión del emprendedor el determinar qué bienes inmuebles (fácilmente identificables y no afectos a la actividad empresarial) separa de la responsabilidad negocial. Ello ha sido interpretado como una pretensión del legislador español favorable a la protección de los pequeños emprendedores con patrimonios modestos⁴⁵. Pese al respeto que nos merece tan autorizada opinión, no creo que la norma del artículo 8 de la Ley de Emprendedores tenga la finalidad de excluir de embargo aquellas viviendas que tengan como valor 300.020 euros o 301.000 euros por lo que, en mi opinión, lo razonable es que tales viviendas no resulten embargables sino en lo que excedan del límite legal establecido. De otro lado, el hecho de que el ordenamiento francés no fije un límite máximo a la declaración de inembargabilidad seguramente ha de ser interpretado como una protección al empresario, con independencia de cuál sea su peculio, lo cual no es óbice para que también en España el emprendedor que tenga un gran patrimonio pueda acogerse a este régimen de inembargabilidad hasta el límite legalmente establecido.

Otra cuestión de cierta trascendencia que suscita la nueva normativa de emprendedores con respecto a la vivienda habitual es la relativa a la venta de esta vivienda. El precio recibido en la venta parece ser embargable salvo, claro está, que, inmediatamente, se reinvierta en otro inmueble destinado a vivienda habitual, cosa que, con seguridad, sucederá de modo inmediato ya que al emprendedor le interesa el beneficio normativo de la inembargabilidad

de la vivienda habitual. Y hablando de beneficios, lo razonable es cuestionarse si tal beneficio es renunciabile, cuestión que «a vuela pluma» seguramente desencadena una respuesta positiva. Ahora bien, la susceptibilidad de renuncia a tal beneficio podría ser aprovechada por algunos acreedores que obligarían a renunciar al emprendedor para poder conseguir la financiación deseada. Por ello, algún autor considera que «el derecho a la responsabilidad limitada consistente en declarar la inembargabilidad de la vivienda habitual para fomentar la actividad emprendedora es irrenunciabile»⁴⁶.

Además de los escollos que han sido apuntados, tal vez el más importante sea que, aun cuando el presunto emprendedor quiera someter su vivienda habitual a la declaración de inembargabilidad, no siempre será posible —mejor dicho, raramente será posible— pues lo frecuente será que ese emprendedor viva en una casa que está hipotecada por el Banco que le concedió el préstamo para adquirirla.

Sin perjuicio de los efectos futuros que tenga la nueva normativa de emprendedores sobre la protección de la vivienda familiar, efectos que, ahora —por falta de perspectiva histórica— no podemos evaluar, lo cierto es que la premisa, con carácter general, sigue siendo la del carácter embargable de la vivienda. Se ha planteado una posible descarga hipotecaria o *fresh start* a través del procedimiento concursal de la persona física⁴⁷. Una suerte de *fresh start* con muchas excepciones y límites se ha instaurado, a raíz de la Ley de Emprendedores de 2013, pero habrá que esperar al Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, para que exista una verdadera descarga o exoneración de la deuda hipotecaria pendiente una vez ejecutada la garantía sobre el bien afecto.

El nuevo artículo 178 bis, bajo el título de *beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho*, prevé una serie de exoneraciones de deudas, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa, cuando el deudor sea de buena fe; y la buena fe se presume cuando concurren determinadas circunstancias reguladas en el apartado tercero de este precepto. Una de ellas supone la satisfacción en su integridad de los créditos contra la masa y de los créditos concursales privilegiados y de un 25 por ciento de los ordinarios. Ahora bien, cabe la posibilidad —y esta es una de las relevantes novedades introducidas por el artículo 178 bis— de que no se hayan podido satisfacer todos los créditos contra la masa o los privilegiados, en su integridad, y entonces, se dulcifican esos requisitos y, respecto a los créditos hipotecarios, la parte de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada. Ello puede aligerar notablemente la carga hipotecaria del deudor pero supone una previa ejecución de la vivienda familiar

La cuestión que se planteará el deudor, en este escenario, es si tendrá alguna posibilidad de recuperar la vivienda familiar en el seno del procedimiento concursal y liberarse de parte de la carga o deuda hipotecaria. Tal vez el artículo

155.4 LC, modificado por el número noventa y uno del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, le abra una puerta a la esperanza porque permite vender activos con privilegio especial (pensemos, por ejemplo, en una vivienda gravada con una hipoteca), siempre que el precio sea igual o superior a una tasación oficial actualizada y efectuada por entidad homologada⁴⁸. Ello será relativamente frecuente en la realidad contemporánea porque lo normal será que el precio de la tasación sea inferior al que el deudor pagó en su día.

Será, pues, posible que, a través de un tercero, podamos recomprar nuestra vivienda a valor actual de mercado y evadir, así, el pago de parte de la carga hipotecaria que quede pendiente, en virtud del nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal. Posible será pero probable no tanto en la medida en que deben darse determinadas condiciones, primero, en la economía del concursado para poder hacer frente a esa recompra y, segundo, en ese tercero para que esté dispuesto a vender lo que ha comprado en condiciones nada despreciables.

Por ello, lo ideal sería que el concursado no pierda su vivienda hipotecada y continúe satisfaciendo su deuda, solución esta dada recientemente por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona y que, como veremos, no satisface todos los gustos.

V. *FRESH START* CONCURSAL Y CARGA HIPOTECARIA SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

Es lamentablemente frecuente el denominado «concurso» de matrimonios. Y frecuente es la práctica, en nuestros tribunales, consistente en solicitar la declaración judicial de concurso voluntario de uno y otro cónyuge y, al mismo tiempo, la acumulación de ambos concursos en un mismo procedimiento. Si se acordase la acumulación se seguirán en un único procedimiento los dos concursos acumulados. Ahora bien, manteniendo cada concurso su individualidad, la vivienda familiar —si fuera ganancial— deberá ser incluida en la masa activa de cada uno de los concursos acumulados y deberán coordinarse ambos concursos respecto a las actuaciones que recaigan sobre la misma⁴⁹. Ya hemos señalado, a lo largo de este trabajo, que en fase de liquidación concursal, la casa, como el resto de bienes embargables y, por tanto, conformadores de la masa activa del concurso, está abocada a su enajenación y pérdida por parte de su propietario —o propietarios— en concurso.

Sin embargo, unos recientes Autos del Juzgado Mercantil de Barcelona pudieran abrir alguna puerta a la esperanza de conservar la propiedad de la vivienda familiar —incluso en fase de liquidación concursal— por parte de deudores concursados cuando se den determinadas circunstancias. En efecto, los autos núm. 138/15 y núm. 139/2015, de 15 de abril de 2015, dictados por el Juzgado Mercantil número 10 de Barcelona, suponen una primera aplicación

práctica por los Juzgados mercantiles del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de la segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, que entró en vigor el 1 de marzo de 2015.

Los autos conceden a los concursados, un matrimonio de jubilados, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho tras el pago de más de 25 por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios, al amparo de una previsión que ya fue introducida por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Pero, además, y por primera vez en España, estas resoluciones permiten, a ese matrimonio de pensionistas, continuar disfrutando de su vivienda, al hallarse al corriente de pago del contrato de préstamo hipotecario, al amparo de la opción regulada en el artículo 155.2 de la Ley Concursal⁵⁰.

No hay que descuidar que el punto de partida de esta novedosa resolución es el de un matrimonio declarado en concurso que se encuentra al corriente de pago del préstamo hipotecario sobre su única vivienda en la que viven dos de sus cinco hijos. Tras la apertura del procedimiento, la administración concursal comprueba que las cuotas, siendo de importe mensual muy razonable, pueden ser perfectamente asumibles con cargo a las pensiones de jubilación del matrimonio concursado, pensiones inembargables en las cuantías establecidas por la Ley de Enjuiciamiento Civil. La administración concursal también se plantea que en caso de realización de la vivienda, su valor habría sido claramente insuficiente para cubrir toda la deuda pendiente. En este estado de cosas, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 10 acordó, a petición de la administración concursal, suspender de forma indefinida la venta o realización forzosa de la vivienda en el procedimiento. El resto de activos sí se liquidó y así se pudo satisfacer el 28 por ciento de los créditos ordinarios y todos los créditos contra la masa. Y, en estas circunstancias, el Juzgado resolvió que los concursados podían acceder al beneficio de exoneración del pasivo ordinario insatisfecho.

Es curiosa la interpretación que este órgano judicial realiza del artículo 178 bis de la Ley Concursal en tanto en cuanto prescinde del requisito del pago de los acreedores privilegiados, junto con los créditos contra la masa y una parte de los ordinarios que sí se pudo satisfacer, para «abrir» la puerta del *fresh start* al deudor concursado. Sin necesidad de pagar al acreedor hipotecario y sin necesidad de ejecutar la hipoteca sobre la vivienda, el Juzgado suspende la liquidación de este activo y, no habiendo ejecución, no podrá haber exoneración de la deuda pendiente, tal como, *sensu contrario*, se colige del artículo 178 bis, quinto apartado. La parte de los créditos privilegiados que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía quedará exonerada, de acuerdo con el nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal, en su apartado quinto, segundo inciso.

Se trata de un *discharge* de la deuda hipotecaria pendiente que puede llegar a ser muy beneficioso para el concursado y que contrasta con el *discharge* hipo-

tecario regulado en el artículo 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para los casos de ejecución hipotecaria fuera de concurso que permite una exoneración de la deuda pendiente tras la ejecución en cuantía diversa y tiempos distintos: la exoneración de la deuda pendiente afectará al 35 por ciento si el deudor logra satisfacer el 65 por ciento de la deuda en 5 años; y será del 20 por ciento si el deudor abona el 80 por ciento de la deuda en 10 años. La norma del artículo 579 de la LEC ha sido criticada por ser considerada injusta en la medida en que el deudor sin recursos que no puede satisfacer tales porcentajes de deuda no podrá acceder a la exoneración y tendrá que satisfacer toda la deuda pendiente, mientras que el deudor que llegue a mejor fortuna tras la ejecución hipotecaria y pueda pagar, por ejemplo, el 65 por ciento de la deuda en 5 años, se podrá beneficiar de la exoneración, a pesar de su aumento de capacidad económica y con independencia de su conducta a la hora de endeudarse⁵¹. Contrasta este sistema —como señalábamos— con el beneficio que para el deudor concursado supone la exoneración de toda la deuda hipotecaria pendiente si se cumplen los requisitos de «deudor de buena fe» para obtener tal beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, regulado en el nuevo artículo 178 bis de la Ley Concursal.

La motivación que subyace en esta resolución judicial del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona es que la realización forzosa de la vivienda supondría mayores perjuicios que beneficios para el «interés del concurso». Y en esto estoy plenamente de acuerdo por lo que luego veremos. Se ha señalado, en relación a esta resolución, que la venta de la vivienda habría hecho aflorar en el concurso un mayor crédito ordinario (por la deuda no satisfecha con el valor de realización de la vivienda), lo cual habría evitado que los deudores pudieran acceder al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho⁵². No es tan claro que la venta de la vivienda incrementara tanto el crédito ordinario hasta el punto de no poder satisfacer un 25 por ciento que permita el acceso a la segunda oportunidad, porque existiendo otros activos, como sucede en este caso, será la venta de estos la que permita pagar ese *minimum* establecido para el crédito ordinario. Y el resto de la deuda hipotecaria pendiente sería objeto del beneficio de exoneración una vez que se obtenga esta posibilidad.

Y, respecto al acreedor hipotecario, se ha señalado que el valor de realización no cubriría la deuda pendiente y que la nueva situación de los deudores (sin vivienda y con riesgo de exclusión social) seguramente perjudicaría sus expectativas de cobro⁵³. Es obvio que al acreedor hipotecario no le favorece la ejecución de un bien que no cubre una parte importante de la deuda garantizada porque, en caso de acceso al beneficio de exoneración, el resto de deuda pendiente quedaría sin satisfacer.

La *ratio iuris* de la resolución podría radicar —aunque no se diga expresamente en el texto de los Autos consultados— en el ejercicio de la opción prevista en el artículo 155.2 de la Ley Concursal que prevé la satisfacción, con cargo a la masa, de los créditos privilegiados, en determinadas circunstancias

y respecto a determinados bienes, entre los que, en mi modesta opinión, no se encuentra la vivienda familiar, sino los bienes necesarios para la continuación de la actividad profesional o empresarial del concursado. Y aquí es donde, desde mi punto de vista, reside el escollo de esta resolución judicial que, con buena intención, llega a un resultado muy deseable *de lege ferenda* pero a través de un molde legal que no está previsto —de momento— para la casa del concursado.

Algo similar ocurre en el ordenamiento alemán de quiebras donde parece que los administradores concursales tienen la posibilidad de «liberar» (bajo su responsabilidad) elementos de la masa activa cuando su realización no comporta ningún beneficio para el concurso. Y tampoco en el ordenamiento alemán existe una previsión legal expresa aunque el Tribunal Supremo viene reconociendo (desde la sentencia de 21 de abril de 2005) la facultad del administrador concursal de liberar elementos de la masa con base en el párrafo 32 III de la InsO (Ordenanza alemana de Insolvencia, *Insolvenzordnung*) cuando, tras examinar la situación económica del concurso, se aprecia que la realización de un determinado bien no arroja ganancias. En estos casos, se puede esperar a vender el bien devolviéndole al deudor las facultades de disposición, con sus respectivas cargas y obligaciones, de modo que el deudor podría continuar pagando la hipoteca, con cargo a su salario no embargable, o hacerlo un tercero por él⁵⁴. Solución esta muy razonable, desde mi punto de vista, si bien requiere un anclaje normativo sólido que, en estos momentos, considero que no existe en nuestro ordenamiento —pero tampoco en otros como el alemán o italiano— y de lo que se desprende que los legisladores europeos son reticentes y reacios a regular expresamente la liberación de determinados bienes de la liquidación concursal por lo delicado de los intereses en juego.

Tal como anticipábamos, la decisión adoptada en estas resoluciones judiciales del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona no satisface a algunos destacados especialistas en esta materia. Se ha dicho que la liquidación concursal supone la ejecución de todos los bienes y que solamente así se puede llegar a una segunda oportunidad que realmente beneficie al deudor concursado. Si el bien hipotecado no se liquida, no habrá segunda oportunidad para el deudor en relación a esa deuda —mientras que sí quedarán exonerados el resto de acreedores— y el único beneficiado de ello será el acreedor a quien el deudor tendrá que seguir pagándole⁵⁵.

En realidad, excepciones a la liquidación en caso de bienes sujetos a privilegio especial las hay. El artículo 155.2) de la Ley Concursal establece que «(...) 2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en tanto no transcurran los plazos señalados en el apartado 1 del artículo 56 o subsista la suspensión de la ejecución iniciada antes de la declaración de concurso, conforme al apartado 2 del mismo artículo, la administración concursal podrá comunicar a los titulares de estos créditos con privilegio especial que opta por atender su pago con cargo a la masa y sin realización de los bienes y derechos afectos.*

Comunicada esta opción, la administración concursal habrá de satisfacer de inmediato la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos y asumirá la obligación de atender los sucesivos como créditos contra la masa y en cuantía que no exceda del valor de la garantía, calculado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 94. En caso de incumplimiento, se realizarán los bienes y derechos afectos para satisfacer los créditos con privilegio especial».

El problema es que esas excepciones pudieran estar referidas exclusivamente a bienes necesarios para la actividad profesional o empresarial y, por tanto, no para la vivienda familiar de dos personas ya jubiladas. De este modo, el problema no es que la liquidación concursal lleve aparejada siempre la ejecución de bienes. No. Hay excepciones pero, según la ley concursal hoy vigente, solo las relativas a bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

Este es, en mi opinión, el principal tropiezo del Auto. Si no fuera por esto, no habría, en mi opinión, razones para pensar que la ejecución de la vivienda es lo más conveniente para el concursado, por la posterior exoneración de la deuda hipotecaria pendiente; y que no ejecutar la vivienda solamente reporta beneficios al acreedor hipotecario, perjudicando la igualdad de trato respecto a los otros acreedores. No creo que fuere así. Al deudor seguramente le beneficia más seguir manteniendo la vivienda que es su hogar y seguir pagando la deuda hipotecaria, al verse exonerado del resto. Es cierto que si la vivienda se ejecutase, y quedase deuda pendiente, esta quedaría exonerada pero tendría que hacer frente o a un nuevo alquiler o a una nueva hipoteca y las condiciones podrían resultar todavía más gravosas.

De otro lado, el resto de acreedores podrían verse perjudicados por la exoneración si la masa activa del concurso hubiera tenido bienes suficientes para hacer frente a sus deudas pero si solamente la vivienda familiar hipotecada conforma la masa del concurso, al resto de acreedores (no hipotecarios) les resultará indiferente la exoneración porque difícilmente iban a cobrar, salvo que el valor de la garantía fuera muy inferior al de la vivienda y, tras la ejecución de esta, hubiere remanente suficiente, cosa que no será altamente frecuente en la realidad social contemporánea.

En definitiva, excluir a la vivienda de la liquidación y ejecución concursal beneficia al acreedor en la medida en que en la fase postconcursal, si el deudor pudiese acceder al beneficio de exoneración del pasivo, podría seguir cobrando las deudas pendientes porque estas solamente quedan exoneradas si el bien se realiza. Pero, además de beneficiar al acreedor, beneficia, sobre todo, al deudor concursado y a su familia porque puede conservar la casa, uno de sus bienes más valiosos, económica y afectivamente, y es, así, más fácil que pueda tener una segunda oportunidad a través del beneficio de exoneración de deudas porque manteniendo la casa puede desprenderse de otros activos que le permitan, una vez liquidados, hacer frente a una serie de créditos que le abran la puerta del

fresh start. Parece, pues, muy razonable regular la facultad de la administración concursal de excluir la vivienda de la liquidación cuando enajenarla no comporta ningún beneficio para el concurso y cuando los concursados podrían hacer frente al pago de las cuotas con cargo a sus bienes inembargables.

VI. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

I. Enajenar forzosamente la vivienda familiar del concursado no solo perjudica el interés familiar sino que no beneficia, en absoluto, al concurso. Y ello, fundamentalmente, por dos razones: de un lado, hay que alimentar igualmente al concursado y a su familia y habrá que hacerlo con cargo a la masa, pagándole un alquiler que le permita vivir bajo un techo. Incluso en los casos de liquidación, existe una obligación de satisfacer los alimentos cuando fuere imprescindible para atender las necesidades mínimas del concursado y de determinados familiares especialmente próximos. Así lo establece el artículo 145.2 de la Ley Concursal, después de una modificación efectuada en el año 2011 que desencadena que la liquidación concursal no suponga una extinción automática de la prestación alimenticia.

II. Es indudable que pesa sobre la masa o sobre los bienes inembargables del deudor la obligación de prestar alimentos al deudor y a su familia, garantizándole una existencia digna y, por tanto, también un cobijo bajo el cual vivir. En otros términos: si al arrendatario o al propietario de una vivienda se lo deja sin la casa, del concurso habrá que detraer fondos para asegurar el mínimo vital de él y de su familia, bien a través de la masa bien a través de la reserva de bienes inembargables necesarios para la satisfacción de una exigencia primaria de vida. Ello lleva a poner en tela de juicio el automatismo en la ejecución de la vivienda familiar del que parte la legislación concursal española porque, causando un perjuicio al deudor, puede suceder que no se genere un beneficio para el concurso porque el importe de la liquidación de la casa que ingrese en el podrá verse contrarrestado con las cantidades necesarias para «alimentar», en el amplio espectro del término «alimentos», al concursado y a su familia.

III. De otro lado, si hay un *fresh start* o segunda oportunidad de la persona física, los acreedores se verán perjudicados si el concursado y su familia no tienen lo indispensable para vivir. Por ello, en el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, el Banco Mundial proporciona una guía para construir o desarrollar un sistema moderno de insolvencia y, entre los objetivos, se fija el de permitir que los deudores, que reciben la exoneración de deudas y salen de la insolvencia obteniendo una segunda oportunidad, puedan conservar suficientes bienes para poder satisfacer sus necesidades domésticas después de la insolvencia, para ellos y para sus familias⁵⁶.

El problema es que, en el actual panorama legislativo, no encuentra una clara acogida la opción de la administración concursal de pedir la paralización de la ejecución hipotecaria, *ex* artículo 155.2 LC, pagando, con cargo a la masa, las correspondientes cuotas e impidiendo, así, que el deudor tenga que abandonar su vivienda. Opción esta que sí está prevista para los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. Parece evidente que en determinadas circunstancias en las que el deudor pueda continuar haciendo frente a la deuda hipotecaria y en las que la enajenación de la vivienda no beneficia al concurso porque el producto de la misma no cubre el importe de la deuda contraída y, por tanto, esa deuda pendiente podrá quedar exonerada, sería conveniente que el legislador se plantease la suspensión de la liquidación de la casa familiar. En mi opinión, esta medida beneficia no solamente al acreedor hipotecario al que se le seguirá pagando la deuda sino, y sobre todo, al deudor y a su familia cuyo interés reside en mantener esa vivienda y no otra.

ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala Primera) de 10 de marzo de 1998
- STS (Sala Primera) de 27 de marzo de 2001
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de julio de 2005
- Auto del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Salamanca de 25 de mayo de 2010
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 17.^a), de 18 de abril de 2011
- Auto de la Audiencia Provincial de las Palmas (sección 5.^a), de 28 de junio de 2007
- Auto del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de 29 de diciembre de 2004
- Autos del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona, núm. 138/15 y núm. 139/2015, de 15 de abril de 2015

BIBLIOGRAFÍA

- BLANQUER UBEROS, R. (2008). El concurso de los cónyuges en gananciales o impropriadamente el concurso del matrimonio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 9, 17-41.
- CUENA CASAS, M. (2009). Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física. En: *Aspectos civiles de Derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, pp. 4 y sigs.

- (2009). La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 223-240.
 - (2014). Crisis matrimoniales simuladas para proteger la vivienda familiar. Disponible en <http://hayderecho.com/2014/12/15/crisis-matrimoniales-simuladas-para-proteger-la-vivienda-familiar/>
 - (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31,158.
 - (2015). La banca ya sabe cómo «escapar» del régimen de segunda oportunidad. Disponible en <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>
- CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. 2.ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, p. 90.
- CUADRADO PÉREZ, C. (2011). La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 8, 3557-3586.
- FLAH, Lily: La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en www.nuevocodigocivil.com
- FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2006). En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho Francés. En: S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. Barcelona y Madrid: Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, p. 416.
- GOMÁ LANZÓN, F. (2013). El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de «derecho inútil». Disponible en <http://hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/>
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.
- GRASA, D., REOLON, L. y NORIEGA, M. (2015). El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36, 449-468.
- GUGLIELMUCCI, L. (1986). Degli effetti del fallimento per il fallito. En: G. Ferra y L. Guglielmucci (dir.), *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare, vol. 3, art. 42-50*. Bologna: Zanichelli, p. 161.
- HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, 185-206.
- JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011). Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 10.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (2011). Bien de familia y Registro de la Propiedad Inmueble. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 11-30.
- MESA MARRERO, C. (2011). La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 167-178.

- MORACE PINELLI, A. (2010). *Disposizioni generali. Fallimento*. En A. Nigro, M. Sandulli, M., y V. SANTORO. *La legge fallimentare dopo la riforma*. Torino: Giapichelli Editore, p. 703.
- MORETÓN SANZ, F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 1747-1767.
- PAJARDI, A. (1998). Codice del fallimento. En: M. Bocchiola y A. Paluchowski (dir.), *Codice del fallimento*. Milán: Giuffrè (p. 533).
- PARISI, p. (2010). *Alimenti al fallito e alla famiglia*. En: C. Cavallini (dir.), *Commento alla legge fallimentare*. Roma: Egea, pp. 974-977.
- PERALTA MARISCAL, L. (2005). *Régimen del Bien de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- PETTARIN, G. y CACCIAGUERRA, G. (2001). Problema in tema di diritto del fallito all'abitazione (Cassazione, 30 aprile 2000, numero 7142). *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Parte Prima*, 706-720.
- PETTIT, C. y PLATTE, V. (2011). Homestead exemptions in bankruptcy after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005. Disponible en <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R40891.pdf>
- TENA ARREGUI, R. (2012). Descarga hipotecaria a través del concurso de persona física: justicia y democracia. Disponible en <http://hayderecho.com/2012/06/11/descarga-hipotecaria-a-traves-del-concurso-de-persona-fisica-justicia-y-democracia/>
- TESCARO, M. y ZACCARIA, A. (2013). Commentari articoli 46-47 Legge Fallimentare. En: Maffei Alberti (dir.), *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 6.^a ed., Padova: Cedam, p. 242.
- VICENT CHULIÁ, F. (2014). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 33. Disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete-publicaciones/docs/1404208439es.pdf

NOTAS

¹ *Vid.* el contenido íntegro del informe en la siguiente web http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf. El texto que se ha entresacado se puede leer en la página 136, punto 421.

² *Vid.*, igualmente, el precitado informe del Banco Mundial, *ibidem*.

³ *Vid.* TESCARO, M. y ZACCARIA, A. (2013). Commentari articoli 46-47 Legge Fallimentare. En: Maffei Alberti (dir.), *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 6.^a ed., Padova: Cedam, p. 242; también GUGLIELMUCCI, L. (1986). Degli effetti del fallimento per il fallito. En: G. Ferra y L. Guglielmucci (dir.), *Commentario Scialoja-Branca. Legge Fallimentare, vol. 3, art. 42-50*. Bologna: Zanichelli, p. 161.

⁴ Puede verse anunciado este debate en PAJARDI, A. (1998). Codice del fallimento. En: M. Bocchiola y A. Paluchowski (dir.), *Codice del fallimento*. Milán: Giuffrè, p. 533.

⁵ Así, GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, pp. 160 y sigs.

⁶ *Vid.*, PETTARIN, G. y CACCIAGUERRA, G. (2001). Problema in tema di diritto del fallito all'abitazione (Cassazione, 30 aprile 2000, numero 7142). *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, Parte Prima*, 706-720.

⁷ *Vid.*, sentencia de Casación Civil de 17 de marzo de 1958, número 869.

⁸ *Vid.*, TESCARO y ZACCARIA, *op. cit.*, p. 309.

⁹ *Vid.* www.ilcaso.it, en el archivo del Tribunal de Mantova.

¹⁰ Así lo defiende MORACE PINELLI, A. (2010). Disposizioni generali. Fallimento. En A. Nigro, M. Sandulli, y V. Santoro. *La legge fallimentare dopo la riforma*. Torino: Giapichelli Editore, p. 703.

¹¹ *Vid.* TESCARO y ZACCARIA, *op. cit.*, p. 311.

¹² Según el texto del artículo 80, vigente en ese momento, «*il fallimento del locatore, salvo patto contrario non scioglie il contratto di locazione d'immobili, ma il curatore subentra nel contratto. In caso di fallimento del conduttore, il curatore può in qualunque tempo recedere dal contratto, corrispondendo al locatore un giusto compenso, che nel dissenso fra le parti è determinato dal giudice delegato, sentiti gli interessati. Il credito per il compenso è privilegiato a norma dell'art. 2764 del codice civil*».

¹³ Véanse tales referencias en PARISI, p. (2010). *Alimenti al fallito e alla famiglia*. En: C. Cavallini (dir.), *Commento alla legge fallimentare*. Roma: Egea, pp. 974-977.

¹⁴ *Vid.*, estas reflexiones en PETTARIN Y CACCIAGUERRA, *op. cit.*, p. 709.

¹⁵ Para un tratamiento general completo de esta cuestión, *vid.* HUALDE LÓPEZ, I. (2012). El problema de la vivienda habitual en el concurso del consumidor. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 25, 185-206.

¹⁶ El texto del artículo 6 del Código de Comercio, del que pudiera establecerse esta primera conclusión, establece que «*en caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges*».

¹⁷ Así, CUENA CASAS, M. (2009). Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física. En: *Aspectos civiles de derecho concursal. XIV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*. Murcia: Universidad de Murcia. Servicio de Publicaciones, pp. 4 y sigs.

¹⁸ *Vid.*, sobre esta oponibilidad el exhaustivo trabajo de GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2013). La oponibilidad del derecho de uso de la vivienda familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1893-1912.

¹⁹ Tal como ha sucedido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de julio de 2005 o, para el caso de las parejas estables, las sentencias de nuestro Tribunal Supremo (Sala Primera), de 10 de marzo de 1998 y la de 27 de marzo de 2001.

²⁰ Para un estudio interesante sobre la financiación de la vivienda familiar en la actual coyuntura de crisis económica, *vid.*, MORETÓN SANZ, F. (2010). Vivienda familiar y subrogación hipotecaria en tiempos de crisis: notas sobre los pactos internos entre codeudores solidarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 1747-1767.

²¹ La determinación de si un bien del concursado resulta necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor corresponde al Juez del Concurso, según reza el apartado quinto del artículo 56 LC.

²² *Vid.*, a título de ejemplo, CARRASCO PERERA, A. (2008). *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. 2.^a edición. Madrid: Thomson-Civitas, p. 90; y, también, CUENA CASAS, M. (2009). La insolvencia familiar: Ejecución universal sobre el patrimonio familiar. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, 223-240.

²³ Esta es la posición adoptada por JIMÉNEZ PARÍS, T. (2011). Ejecución de la vivienda familiar y concurso de acreedores (con inclusión de las novedades que presenta el Anteproyecto de Ley Concursal de 17 de diciembre de 2010). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 725, 10.

²⁴ *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, T., *op. cit.*, *ibidem*.

²⁵ *Vid.*, CUENA CASAS, M. (2014). Crisis matrimoniales simuladas para proteger la vivienda familiar. Disponible en <http://hayderecho.com/2014/12/15/crisis-matrimoniales-simuladas-para-protger-la-vivienda-familiar/>. Nos recuerda CUENA CASAS el interesante dato de

que nuestra legislación de protección de datos personales no permite el acceso a información crediticia positiva de los particulares.

²⁶ Así, FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2006). En torno a la protección patrimonial personal, familiar y empresarial. Especial consideración del Derecho Francés. En: S. Nasarre Aznar y M. Garrido Melero (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*. Barcelona y Madrid: Ed. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, p. 416.

²⁷ Toda esta información sobre el *homestead* ha sido recabada en el siguiente enlace web https://en.wikipedia.org/wiki/Homestead_exemption

²⁸ Puede verse esta información en http://www.leginfo.ca.gov/pub/15-16/bill/sen/sb_0301-0350/sb_308_bill_20150223_introduced.html. Fecha de consulta: 1 de marzo de 2016.

²⁹ Así se puede ver en <http://www.lawchek.net/resources/forms/que/homestead.htm>

³⁰ PETTIT, C. y PLATTE, V. (2011). Homestead exemptions in bankruptcy after the Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005. Disponible en <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R40891.pdf>

³¹ *Vid.*, el siguiente enlace web <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/bankruptcy-homestead-exemption-protect-home-equity.htm>. (Fecha de consulta: 1 de marzo de 2016).

³² FUGARDO ESTIVILL, *op. cit.*, *ibidem*.

³³ Sobre el derogado régimen del bien de familia, puede consultarse, entre otros, PERALTA MARISCAL, L. (2005). *Régimen del Bien de Familia*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

³⁴ Puede verse FLAHL, Lily: La vivienda y su protección en el Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en www.nuevocodigocivil.com

³⁵ Destacan, en este ámbito, los trabajos de KEMELMAJER DE CARLUCCI y, en concreto, KEMELMAJER, A. (2011). Bien de familia y Registro de la Propiedad Inmueble. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 1. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 11-30.

³⁶ En efecto, el nuevo artículo 249, bajo el título de «Efecto principal de la afectación», establece que *«la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto: a) obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble; b) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250; c) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda; d) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida. Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva. Si el inmueble se subasta y queda remanente, este se entrega al propietario del inmueble. En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo»*

³⁷ *Vid.*, GOMÁ LANZÓN, F. (2013). El emprendedor de responsabilidad limitada, un ejemplo más de «derecho inútil». Disponible en <http://hayderecho.com/2013/10/09/el-emprendedor-de-responsabilidad-limitada-un-ejemplo-mas-de-derecho-inutil/>

³⁸ El texto del artículo 8 de la conocida como Ley de emprendedores establece lo siguiente: *«1. Por excepción de lo que disponen el artículo 1911 del Código Civil y el artículo 6 del Código de Comercio, el Emprendedor de Responsabilidad Limitada podrá obtener que su responsabilidad y la acción del acreedor, que tenga origen en las deudas empresariales o profesionales, no alcance al bien no sujeto con arreglo al apartado 2 de este artículo y siempre que dicha no vinculación se publique en la forma establecida en esta Ley.*

2. Podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad la vivienda habitual del deudor siempre que su valor no supere los 300.000 euros, valorada conforme a lo dispuesto en la base imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados en el momento de la inscripción en el Registro Mercantil.

En el caso de viviendas situadas en población de más de 1.000.000 de habitantes se aplicará un coeficiente del 1,5 al valor del párrafo anterior.

3. En la inscripción del emprendedor en el Registro Mercantil correspondiente a su domicilio se indicará el bien inmueble, propio o común, que se pretende no haya de quedar obligado por las resultas del giro empresarial o profesional por cumplir con el apartado 2 de este artículo.

4. No podrá beneficiarse de la limitación de responsabilidad el deudor que hubiera actuado con fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros, siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable»

³⁹ Vid., www.lexisnexis.fr/pdf

⁴⁰ Deberían verse las interesantes referencias comparadas en VICENT CHULIÁ, F. (2014). La ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (LAEI). Aspectos mercantiles. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 33. Disponible en http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf

⁴¹ Vid., la sentencia del Tribunal Comercial de Pontoise, de 12 de julio de 2007, citada por VICENT CHULIÁ, http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf. p. 16.

⁴² Vid., VICENT CHULIÁ, F. *op. cit.*, p. 18.

⁴³ Así, PRATS ALBELTOSA citado por VICENT CHULIÁ http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, p. 22.

⁴⁴ Así, VICENT CHULIÁ, http://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1404208439es.pdf, p. 22.

⁴⁵ Igualmente, VICENT CHULIÁ, p. 23.

⁴⁶ VICENT CHULIÁ, p. 24.

⁴⁷ Vid. TENA ARREGUI, R. (2012). Descarga hipotecaria a través del concurso de persona física: justicia y democracia. Disponible en <http://hayderecho.com/2012/06/11/descarga-hipotecaria-a-traves-del-concurso-de-persona-fisica-justicia-y-democracia/>

⁴⁸ En efecto, el apartado cuarto del artículo 155 establece que «La realización en cualquier estado del concurso de los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se hará en subasta, salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.

Si la realización se efectúa fuera del convenio, el oferente deberá satisfacer un precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado, salvo que el concursado y el acreedor con privilegio especial manifestasen de forma expresa la aceptación por un precio inferior, siempre y cuando dichas realizaciones se efectúen a valor de mercado según tasación oficial actualizada por entidad homologada para el caso de bienes inmuebles y valoración por entidad especializada para bienes muebles (...)».

⁴⁹ Sobre el concurso de ambos cónyuges se han ocupado autores como BLANQUER UBEROS, R. (2008). El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiaamente el concurso del matrimonio. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 9, 17-41; MESA MARRERO, C. (2011). La insolvencia de los dos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 24, 167-178; o CUADRADO PÉREZ, C. (2011). La acumulación de los concursos de acreedores de ambos cónyuges en la jurisprudencia. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 8, 3557-3586.

⁵⁰ Una magnífica síntesis y análisis de estas resoluciones judiciales podemos encontrarla en GRASA, D., REOLON, L. y NORIEGA, M. (2015). El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 36, 449-468.

⁵¹ *Vid.* CUENA CASAS, M. (2014). Ley de emprendedores y exoneración de deudas o *fresh start*. *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31,158.

⁵² *Vid.*, GRASA, REOLON y NORIEGA, *cit.*, p. 447.

⁵³ *Ibidem*, donde se cita alguna sentencia del Tribunal Supremo alemán (BGH)

⁵⁴ Así lo reflejan GRASA, REOLON y NORIEGA, *ibidem*.

⁵⁵ Así lo expone CUENA CASAS, M. (2015). La banca ya sabe cómo «escapar» del régimen de segunda oportunidad. Disponible en <http://hayderecho.com/2015/05/20/la-banca-ya-sabe-como-escapar-del-regimen-de-segunda-oportunidad/>

⁵⁶ Puede verse este Informe en el siguiente enlace web (Fecha de Consulta: 1 de marzo de 2016) http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf.

*(Trabajo recibido el 14-3-2016 y aceptado
para su publicación el 5-4-2016)*

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL

RESUMEN DE RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Coordinado por Juan José JURADO JURADO

Registro de la propiedad

por Basilio Javier AGUIRRE FERNÁNDEZ

Resolución de 8-2-2016
Registro de la propiedad de Corcubión
(BOE 10-3-2016)

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS. OBRA NUEVA: GEORRE-FERENCIACIÓN.

En las obras nuevas por antigüedad nada impide que la descripción de la edificación coincidente con el título y la antigüedad de la misma se acrediten por el mismo medio probatorio, o por medios probatorios distintos —la certificación técnica y la certificación catastral—, siempre que no exista duda fundada de que uno y otro medio se refieren a la misma edificación (*cfr.*, por todas, la resolución de 4 de diciembre de 2009, con criterio confirmado por otras muchas citadas en los «Vistos» de la presente). Lo que las normas complementarias al RH exigen en materia de obra nueva es que se acredite la realidad de la obra, que el proyecto se ajuste a licencia o en su defecto que hayan prescrito las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, y que no haya duda de la identidad de la finca según lo expresado en el título y en el documento justificativo de aquellos extremos, circunstancias que han de reputarse suficientemente acreditadas, a pesar de las discrepancias descriptivas referidas en la calificación, toda vez que estas no comportan dudas sobre esa identidad de la finca ni que haya contradicción entre la certificación descriptiva y gráfica, la certificación técnica y el título calificado, que impida la inscripción de la edificación tal como se describe en este último.

En consecuencia, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Re-

gistro 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. 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 LH. Y, 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 fundamento jurídico.

Resolución de 8-2-2016
(BOE 10-3-2016)
Registro de la propiedad de Lepe

ACTOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO DE FIRMEZA.

Un acto administrativo es firme cuando ya no cabe recurso alguno contra el mismo, ni recurso administrativo (ante la Administración) ni recurso contencioso-administrativo (ante los tribunales). A su vez, un acto es firme en vía administrativa cuando contra el mismo ya no cabe recurso ordinario alguno ante la Administración, es decir de alzada o reposición (ya sea porque no exista la posibilidad de recurso ya porque haya transcurrido el plazo para interponerlo). La única vía para recurrirlos sería la representada por el recurso extraordinario de revisión, regulado en los artículos 118 y 119 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y siempre que se den las causas tasadas que justifican su interposición. Solo cuando el acto sea firme, conforme se ha visto anteriormente, será susceptible de recurso contencioso ante los tribunales. Como ha reiterado este Centro Directivo, ver resoluciones citadas en «Vistos», la firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento en el Registro que implique una mutación jurídica real inmobiliaria siempre que el acto o resolución cuya inscripción se pretenda haya agotado la vía administrativa, por más que sea susceptible de revisión en vía judicial, ya ante los tribunales contencioso-administrativos ya ante los tribunales ordinarios. En definitiva, con carácter de regla general el acto debe poner fin a la vía administrativa y además

es necesaria, pero suficiente, la firmeza en dicha vía, ya que con la innegable posibilidad de anotación preventiva de la demanda del recurso contencioso-administrativo quedan garantizados los derechos de los titulares registrales. La nota de calificación adolece de imprecisión ya que hace referencia al procedimiento contencioso-administrativo sin aclarar que la posibilidad de interposición de este está directamente vinculada al hecho de que contra la resolución por la que se concede la licencia de ocupación cabe aún la interposición potestativa del recurso de reposición en contra de lo expuesto por el recurrente en su escrito, en el que efectúa una reproducción parcial del pie de recursos de la resolución, por lo tanto, el acto aun poniendo fin a la vía administrativa no ha alcanzado firmeza en este ámbito al ser susceptible de recurso de reposición frente a la propia Administración emisora de la resolución.

Resolución de 9-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Villalpando

TRANSACCIÓN JUDICIAL: REQUISITOS.

El artículo 19.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece el principio de la disposición de las partes sobre el proceso y en consecuencia la posibilidad de transacción y suspensión del procedimiento, de manera que las partes están facultadas para disponer del objeto del juicio y renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero. Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo que alcanzaren fuere conforme a la ley, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin (apartado 2 del art. 19). Así pues, producida la transacción judicial, cabrá la homologación de la partición verificada. En este caso, se ha producido una demanda que no ha culminado en resolución del juez sino en un sobreseimiento que recoge el secretario en virtud del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso el acuerdo particional no deja de ser un acuerdo privado que no está documentado adecuadamente por lo que no se cumple el requisito de forma del artículo 3 de la LH. Por tanto la documentación presentada, no puede tener acceso al Registro por no reunir los requisitos que para la inscripción exige la legislación hipotecaria, es decir, una resolución judicial resultante de un procedimiento ordinario que por seguir sus trámites procesales haya finalizado en una decisión del juez sobre el fondo del asunto, o su formalización en escritura pública.

Aun no siendo aplicable en el presente expediente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, esta Ley, en su artículo 92, recoge la intervención del secretario judicial (letrado de la Administración de Justicia) para la aprobación de la partición realizada por el contador-partidor designado en el procedimiento oportuno y con los requisitos del artículo 1057 del Código Civil en su nueva redacción dada por la referida Ley 15/2015, de haberse producido el expediente bajo el ámbito de esta Ley 15/2015, ninguna de estas cosas habría ocurrido en el supuesto de este expediente, en el que se produce un sobreseimiento de otro procedimiento de división de herencia por acuerdo entre los herederos.

Resolución de 9-2-2016
(BOE 10-3-2016)
Registro de la propiedad de Hellín

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS.

No cabe duda alguna de que esta notificación a los titulares de los embargos que se pretende cancelar es uno de los trámites de obligada calificación por parte del Registrador (*cfr.*, art. 100 del RH), por lo que debe en estos términos confirmarse el primer defecto de la nota de calificación. El artículo 149.5 de la Ley Concursal permite al Juez del concurso ordenar cancelaciones en los siguientes términos: «En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el Juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen». Pero no se puede entender que las facultades concedidas al órgano juzgador por tal precepto legal, en los únicos y concretos supuestos que este precepto autoriza para cancelar cargas anteriores al concurso, se verifique sin tener en cuenta otros principios de la normativa aplicable, como el del tracto sucesivo e interdicción de la indefensión antes plasmados, debiendo justificarse la intervención del titular registral afectado por dicha cancelación en los términos indicados.

Resolución de 10-2-2016
(BOE 10-3-2016)
Registro de la propiedad de Vélez-Rubio

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

Este Centro Directivo ha indicado en multitud de ocasiones que la reinscripción a favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Tiene declarado que: Primero. Debe aportarse el título del vendedor (*cfr.*, art. 59 del RH), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; Segundo. La notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (STS de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (STS de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992 y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero de 1995 y 16 de marzo de 1995), y Tercero. El documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.a del RH).

La doctrina jurisprudencial ha señalado que si bien la existencia de terceros adquirentes del dominio o de otros derechos reales limitados sobre la finca no constituye, en sentido técnico procesal, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (*vid.*, STS de 18 de septiembre de 1996), estos terceros, por ser afectados de forma refleja o mediata, deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso (intervención adhesiva y voluntaria), para lo que es necesario que, al menos, se les haya notificado la existencia del procedimiento cuando, con carácter previo a la inscripción o anotación de su derecho, no se hubiere dado publicidad a la pendencia del procedimiento mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda (*cf.*, art. 42, núm. 1, de la LH). Siendo así en el ámbito judicial, en el ámbito extrajudicial la conclusión a la que debe llegarse es que el artículo 175.6.a del RH impone la consignación o depósito del precio íntegro de la compraventa a favor de los titulares de derechos posteriores, aunque no haya entrega de dinerario, en cuanto tal precio pasará a ocupar, por subrogación real, la posición jurídica que tenía el inmueble de modo que los derechos que antes recaían sobre el inmueble, recaigan ahora sobre el precio.

Resolución de 10-2-2016
(BOE 10-03-2016)
Registro de la Propiedad de Escalona

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA.

Debe entenderse que al establecer el artículo 18 de la LH que los Registradores calificarán por lo que resulte de los asientos del Registro, resulta evidente que entre estos asientos que el Registrador ha de tener en cuenta al calificar se encuentran los de presentación, practicados en el Libro Diario, por lo que estando presentado simultáneamente un documento que rectifica el anterior es evidente que la calificación debe ser completa de la escritura inicial y su rectificación, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Resolución de 10-2-2016
(BOE 10-03-2016)
Registro de la Propiedad de Móstoles, número 1

HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE SUS CLÁUSULAS. HIPOTECA: LÍMITE DE LOS INTERESES ORDINARIOS.

El presente expediente se refiere a una escritura de préstamo hipotecario entre una persona física y una mercantil sujeta a la Ley 2/2009 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, cuyos requisitos cumple; constituyendo la finca hipoteca una vivienda que se manifiesta que es la habitual de la deudora hipotecante. La finalidad del préstamo se expresa tanto en la oferta vinculante como en la escritura de constitución del préstamo hipotecario que es con destino a las actividades económicas del prestatario, pero sin indicar cuáles sean estas y sin justificar tampoco la condición de comerciante, empresario o profesional del mismo. Igualmente se da cumplimiento a los requisitos de información de la Orden EHA/2899/2011 de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

El artículo 19 de la Orden EHA/2899/2011 circunscribe su aplicación, en lo que ahora nos interesa, «a los servicios bancarios de crédito y préstamo hipotecario, en adelante préstamos, celebrados con un cliente, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir», es decir, parece que el prestatario debe ser una persona física pero ni se exige que la vivienda sea la habitual del deudor ni que el préstamo tenga por finalidad la adquisición de la vivienda, ni tampoco que la persona física a la que se concede el crédito actúe en condición de consumidor.

Por lo que respecta al ámbito de aplicación general de la normativa de consumidores, el Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, difiere en dos puntos principales de la normativa especial: por un lado se amplía, abarcando el concepto de consumidor también a las persona jurídicas, y por otro lado se restringe, al excluir los supuestos en que el deudor hipotecario actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional.

En el presente supuesto concurren los presupuestos necesarios para la aplicación de la Orden EHA/2899/2011 y también los especiales que la Ley 2/2009 impone al prestamista profesional no entidad de crédito, pero no de la normativa general de protección de los consumidores, dado que en el expositivo II, como se ha señalado, el prestatario manifiesta, por un lado, que el préstamo se destina a su actividad económica aunque sin especificar cual fuera esta y, por otro lado, que actúa en el ámbito de su actividad empresarial; se entiende que no tiene lugar y, por tanto, que tal normativa no es aplicable, por lo que en este caso las condiciones generales del contrato solo pueden ser objeto de control de incorporación y de legalidad, pero no de transparencia sustantiva ni de abusividad.

La STS de 18 de junio de 2012, cuyo criterio ha sido ratificado por las de 9 de mayo de 2013, 8 de septiembre de 2014 y 25 de marzo de 2015 y 22 de diciembre de 2015, entre otras, señala que la contratación por medio de condiciones generales propias de los contratos de adhesión, está sujeta al control de inclusión o incorporación de la condiciones generales al contrato a tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación (información y claridad gramatical), tanto si el contrato se suscribe entre empresarios y profesionales como si se celebra con consumidores; y tratándose de consumidores, además, a un control adicional de transparencia o comprensibilidad dirigido a comprobar si el consumidor ha tenido un conocimiento real y razonablemente completo de cómo operan en la economía del contrato las distintas cláusulas predispuestas. Este control de transparencia es competencia exclusiva de los jueces, salvo en lo relativo a la aplicación del artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que es una manifestación del mismo, en los supuestos de las cláusulas limitativas de la variabilidad del tipo de interés, cláusulas multidivisa y contratos de cobertura de tipos de interés asociados.

Abordando ahora el primer defecto de fondo de la nota de calificación, el pacto de un interés remuneratorio fijo del 17,00% durante toda la vida del préstamo, frente lo que afirma el recurrente, el Registrador calificante no lo deniega por considerarlo abusivo por notablemente superior al normal del mercado, lo que no podría hacer, en primer lugar, porque, como se ha expuesto anteriormente, no nos encontramos en el ámbito de préstamos a consumidores y, en segundo lugar, porque, aunque nos encontráramos en tal ámbito, al ser un elemento

definitorio del objeto principal del contrato, en los términos que este ha sido definido por el TS, no podría ser objeto de tal calificación de desequilibrio. Lo que el registrador realmente argumenta para denegar tal cláusula de intereses ordinarios es la aplicación de la doctrina derivada de la resolución de 22 de julio de 2015 de esta Dirección General, que vino a señalar que existen supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, como ocurre en el presente supuesto en el que se pacta un interés ordinario superior al interés moratorio, ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato, y no puede sino reiterarse este criterio. Es evidente que todo interés moratorio, por su propia condición de cláusula indemnizatoria o disuasoria tiene que ser superior al interés ordinario que tiene una función meramente remuneratoria, y ambos tipos de interés deben guardar en todo caso una cierta proporción, pronunciándose siempre la Ley en el sentido de que los intereses de demora debe calcularse partiendo de los intereses ordinarios previamente pactados o de su asimilado el interés legal del dinero. En este mismo sentido se han manifestado las recientes SSTS de 22 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015.

Debe señalarse que, en principio, los simples errores materiales fácilmente identificables por el registrador, no deben impedir la inscripción, sin perjuicio de que, una vez practicada esta, pudiera ser corregido por el notario, de oficio o a instancia de parte interesada, al amparo del artículo 153 del Reglamento Notarial, como ya señalara la resolución de 26 de mayo de 2006. Además, en concreto en materia de medios de pago, este Centro Directivo tiene declarado que con independencia de los requisitos de identificación que al notario impone la regla 2.ª del párrafo segundo del artículo 177 del Reglamento notarial; a efectos de calificación registral, estos requisitos se cumplen tanto si las circunstancias legales constan en la escritura por manifestación de las partes, como si los mismos solo constan por soporte documental que se incorpora formando un todo indivisible con la escritura, y que, en consecuencia, han de ser también calificados por el registrador (*cf.*, resoluciones de 21 de marzo de 2007 y 5 de mayo de 2011). Esto es lo que ocurre en el presente supuesto, en el que la certificación de la referida transferencia, con la cifra realmente retenida —1.190 euros—, se incorpora en la escritura, por lo que en cuanto a este defecto el recurso debe ser estimado.

Las cantidades no entregadas al prestatario se pueden dividir en dos grupos, el primero formado por unos importes que representan pagos a terceras personas que el prestamista efectúa a solicitud y por cuenta del prestatario, en cuanto que son deudas del mismo ajenas al contrato de préstamo hipotecario estrictamente considerado; y el segundo formado por una serie de gastos que en el contrato de préstamo se convienen que sean a cargo del prestatario, pero que, frente a la afirmación del registrador, sí constan relacionados con tal carácter en las FIPRE y FIPER, unas veces como cantidades fijas y otras como cálculos provisionales —cantidades a cuenta—. Es práctica relativamente frecuente en los contratos de préstamo hipotecario que el acreedor retenga ciertas cantidades del préstamo para el pago de conceptos relativos a los gastos, comisiones e impuestos que la propia operación genera; por lo que, en principio, no se puede hacer tacha alguna a estas retenciones ni a la cuantía de las mismas siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados, figuren en la información precontractual y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo, no comprendiendo la retención de gastos por servicios no solicitados por el deudor; y ello sin perjuicio que el pago de alguno de esos gastos correspondieran por ley al prestamista y no pudieran imponerse al adherente (*cf.*, STS de 23 de

diciembre de 2015), lo cual no puede valorarse en este recurso al no haber sido alegado por el registrador.

Resolución de 11-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Oropesa del Mar, número 1

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN.

Cabe concluir la plena vigencia de la Ley 11/2007 y su normativa de desarrollo con relación a los documentos administrativos presentados en el ámbito registral. No obstante, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 11/2007 señalado en la letra a) del número 1 del artículo 2 determinará la posibilidad de utilización del código seguro de verificación como sistema de firma, o como código electrónico de verificación, que le estará vedado al ciudadano, pero no la obligatoriedad de admitirlo con todos sus efectos, que alcanza al conjunto de la sociedad.

A la vista de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 11/2007 y 20 y 21 del Real Decreto 1.671/2009, se permite el uso de sistemas de código seguro de verificación, para la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes, no solo para actuaciones automatizadas, sino también para su uso por parte del personal al servicio de la misma, con independencia de que dicho personal también pueda utilizar una firma basada en el DNI electrónico o basada en certificado de empleado público al servicio de la Administración General del Estado expresamente admitidos con esta finalidad. Para el uso de código seguro de validación por parte de personas físicas al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes se precisan los mismos requisitos que para la utilización del mismo en procesos automatizados, establecidos en el artículo 20 del citado Real Decreto. En base a lo expuesto en el presente caso estamos ante un código generado electrónicamente que nos permite constatar la veracidad del documento y que este documento está firmado con sello del órgano de la Secretaría del Ayuntamiento considerado como una actuación administrativa automatizada.

Acto administrativo convencional y acto administrativo electrónico coinciden en cuanto a régimen jurídico. Ahora bien, la concurrencia de toda una serie de exigencias adicionales impuestas por la Ley 11/2007 a la actuación administrativa automatizada hace que el régimen jurídico de esta posea especialidades, principalmente es que la posibilidad de expresar la actividad administrativa por medios electrónicos sin intervención de persona alguna debe estar expresamente prevista y automatizada con carácter previo. No basta con la habilitación genérica de la Ley 11/2007, sino que tal norma reguladora de cada procedimiento deberá incluir una habilitación específica, así resulta del artículo 38.2 de la mencionada ley al establecer que «podrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto».

El Ayuntamiento de Cabanes, en el uso de las competencias que en materia de sello de órgano para actuaciones administrativas automatizadas le atribuye la Ley 11/2007 en los citados artículos 18, 38 y 39, y en virtud del artículo 19 del Real Decreto 1.671/2009, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la mencionada ley, determinando que la creación de los sellos electrónicos se realizará mediante resolución del titular del organismo público competente, que se publicará en la sede electrónica correspondiente, regulando

los datos que necesariamente deben figurar en la resolución aprobatoria, dictó resolución de Alcaldía 2014-1.268 de fecha de 21 de noviembre de 2014 por la cual determina cuáles son las actuaciones administrativas automatizadas entre las que se encuentra la diligencia de exposición de los edictos o anuncios publicados en el tablón que serán firmados por el sello de órgano que le acompañara un código seguro de verificación (csv), que facilitará la comprobación de forma remota de la existencia y validez del documento. Consecuentemente el defecto debe ser revocado.

Resolución de 12-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Pedreguer

PROPIEDAD HORIZONTAL: INSCRIPCIONES A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. ARRENDAMIENTO: PLAZAS DE APARCAMIENTO.

La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo (15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981, 16 de octubre de 1992, 16 de febrero de 2000, 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 3 de marzo de 2008 y 3 de julio de 2013), extrayendo ellos su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de dichas comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la propiedad el dominio de bienes inmuebles. No por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes sino que la debe considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante. Es por eso que la jurisprudencia admite ciertas actuaciones de la comunidad de propietarios en el ámbito procesal, arrendaticio y otros, sobre todo dándole capacidad para litigar, y además en algunos asientos como la anotación preventiva, son materias en las que la comunidad tiene esa reconocida capacidad procesal. Pero esto no significa que tal comunidad pueda ser titular registral, ni es posible que sin tal personalidad pueda ser propietaria de un bien y, por ende, ser titular registral del asiento de inscripción correspondiente.

No obstante, debe admitirse el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común. Esta situación de transitoriedad es la que se deduce de las resoluciones de este Centro Directivo, anteriormente citadas, de 28 de enero de 1987 y 30 de enero de 2003, al hacer expresa referencia a la práctica de asientos transitorios, de mero puente, habiéndose expresado igualmente en la indicada resolución de 2003 que la orden del juez (en el presente caso letrado de la Administración de Justicia) ordenando el reflejo registral de una determinada situación jurídico-real ha de entenderse de acuerdo con el contenido registral que se ordena, siendo lo relevante su reflejo registral.

Debe concluirse que el arrendamiento de plazas de garaje no está sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo en el caso de que el arrendamiento de la plaza sea accesorio del de la vivienda, y ello porque, a los efectos de la misma debe considerarse que tales plazas de garaje no constituyen edificación —ya que en ellas la edificación es algo accesorio, siendo lo esencial la posibilidad de guardar un vehículo—; tales plazas de aparcamiento no se hallan enumeradas en los supuestos de arrendamiento para uso distinto de vivienda a que se refiere el artículo 3.2 de la Ley —siquiera esta enumeración sea ejemplificativa—, ni en la Exposición de Motivos de la Ley cuando dice (apartado 3) que «la ley abandona la distinción tradicional entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos de locales de negocio y asimilados para diferenciar entre arrendamientos de vivienda, que son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes, y arrendamientos para usos distintos al de vivienda, categoría esta que engloba los arrendamientos de segunda residencia, los de temporada, los tradicionales de local de negocio y los asimilados a estos».

Resolución de 12-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Torrent, número 1

CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA. SEGREGACIÓN: REQUISITOS. SEGREGACIÓN: APLICACIÓN DE LA LEY 13/2015.

Conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General (resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero de 2005, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo de 2005, 1 de abril de 2005 y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo de 2010 y 3 de diciembre de 2010 y 28 de febrero de 2012, 22 de mayo de 2012 y 20 de julio de 2012) que aunque la argumentación en que se fundamenta la calificación haya sido expresada de modo ciertamente escueto, es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición.

Con base en el artículo 326 de la LH, es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, resolución de 13 de octubre de 2014, basada en el contenido del artículo 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, por lo que no puede conocer de cuestiones ajenas a dicha calificación ni tampoco pueden tenerse en cuenta documentos que no se tuvieron en cuenta al tiempo de emitirla por no haber sido presentados junto al que la provoca.

Determinado debidamente el ámbito en que puede pronunciarse la presente, el recurso no puede prosperar. La segregación que se llevó a cabo en 1954 y que ahora se presenta a inscripción «no cabe» en la finca matriz de la que se pretende. Si como consecuencia del acceso al Registro de la propiedad de segregaciones posteriores la superficie de la finca matriz ha quedado agotada o disminuida de modo que la superficie resultante sea inferior a la que ahora se pretende inscribir, es evidente que no procede la inscripción sin que previa o simultáneamente se rectifique la superficie de dicha finca (art. 40 de la LH en relación a los artículos

47 y 50 de su Reglamento) lo cual ha de ser solicitado por el titular registral de la finca resto, y no simplemente por el comprador de la porción segregada.

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 los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b, primer párrafo, 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 (*cf.*, art. 9, letra b, párrafo cuarto), fuera necesaria la tramitación del citado procedimiento para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados. Mientras no se encuentre homologada la aplicación informática e implantado el sistema de comunicación de información en previsto en la citada Resolución Conjunta, debe aplicarse para la aportación de las representaciones gráficas alternativas el mismo criterio previsto en el punto tercero, letra b, de la Resolución-Circular de esta Dirección General de 3 de noviembre de 2015, de manera que transitoria y excepcionalmente será admisible la aportación de la representación geográfica y lista de coordenadas correspondientes a una determinada finca en cualquier formato que permita al registrador generar un archivo electrónico en formato PDF que las contenga junto con el código de finca registral, que firmará con su certificado reconocido de firma electrónica, y en el acta de inscripción hará constar que 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 que se haya efectuado dicha homologación y esté 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.

Resolución de 18-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Málaga, número 2

PROCEDIMIENTO DE VENTA EXTRAJUDICIAL: REQUERIMIENTO DE PAGO.

Siendo el objeto del requerimiento la notificación de la existencia de las actuaciones notariales y la intimación a realizar el pago, solo si queda acreditado bajo la fe del notario que el destinatario tiene cabal conocimiento de su contenido y de su fecha es admisible considerar practicada la diligencia y llevado a cabo el trámite en términos que no violenten sus derechos constitucionales. Así ocurrirá si conocido el paradero del destinatario el notario lleva a cabo la diligencia

con consentimiento de aquel y previa su identificación (art. 202 del RN) o si el propio destinatario, conocedor de la circunstancia, se persona ante el notario al efecto de recibir el requerimiento. En ninguno de estos supuestos se perjudica la posición jurídica del destinatario ni su derecho a reaccionar en la forma que el ordenamiento le permite.

Dadas las circunstancias concurrentes en el caso objeto de recurso, lo primero que debe aclararse es cuál de los domicilios consignados en la escritura de constitución de hipoteca es el legalmente designado para la práctica de requerimientos y notificaciones. Ciertamente, la expresión contenida en la escritura donde fijan el domicilio «el deudor designa como domicilio para la práctica de los requerimientos y notificaciones el que consta en la comparecencia de esta escritura», no ayuda a la determinación de este extremo con claridad y precisión. Dicha expresión ha de ser interpretada en el sentido de que cuando se hace referencia en la comparecencia a la parte deudora, inevitablemente se está aludiendo a la sociedad «Jacaré, Asesoramiento y Gestión de Inmuebles, SL», y no a su representante. Parece pues evidente, a la vista de lo expuesto, que el requerimiento de pago al deudor no se acomodó a lo establecido en el artículo 236.c.2 del RH. Como ya se indicó en el segundo fundamento de Derecho, el requerimiento ha de hacerse en el domicilio designado a tal efecto en la escritura de constitución de hipoteca y que conste en la correspondiente inscripción. Y, además, ha de hacerse personalmente al deudor y, solo para el caso de que no se encuentre el deudor en el domicilio señalado, se permite que el requerimiento se practique en la persona de los terceros que el precepto señala. Por tanto, el requerimiento hecho a un tercero (portero del edificio en el que se ubica la finca hipotecada) en un domicilio diferente es claramente contrario a lo establecido en dicho precepto reglamentario y no satisface adecuadamente las garantías que el principio de tutela judicial efectiva impone en este procedimiento.

Este Centro Directivo ha considerado que si el propio destinatario, conocedor de la tramitación del procedimiento, se persona ante el notario (por sí, o debidamente representado) al efecto de recibir el requerimiento de pago, ha de entenderse que no se perjudica su posición jurídica ni su derecho a reaccionar en la forma que el ordenamiento le permite. En el presente caso, dada la suspensión del procedimiento y su ulterior reanudación año y medio más tarde, ha quedado sobradamente respetado el plazo de treinta días que, para anunciar la subasta, prevé el citado artículo 236.f del RH, contado desde el día en que se entregó al representante del deudor la copia de la cédula de requerimiento en la oficina notarial.

Resolución de 19-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 3

OBRA NUEVA ANTIGUA: REQUISITOS. CARRETERAS: LIMITACIONES DERIVADAS DE LA LEY 37/2015.

Las sucesivas redacciones legales en la materia (Ley 8/1990, de 25 de julio de 1990, de Reforma del Régimen Urbanístico; texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio de 1992; Ley 6/1998, de 13 de abril de 1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones; Ley 8/2007, de 28 de mayo de 2007, de Suelo, y

texto refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio de 2008, hasta el vigente Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), serán de aplicación a los documentos otorgados durante sus respectivos periodos de vigencia, aunque las correspondientes obras se hayan ejecutado en un momento anterior. Ahora bien tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la propiedad durante su vigencia, debe exigir el registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción».

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 5 de marzo de 2013 y 5 de agosto de 2013), el acceso al Registro de la propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *vid.*, arts. 308 del RH y 45 y 52 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio de 1997) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. Ahora bien, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro (y, cabe añadir, del propio título calificado), que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal. A partir de la entrada en vigor de esta Ley no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la identificación geográfica de su localización. 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 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. Dicha delimitación y lista de coordenadas de la finca se incorporarán a los libros registrales a través de los procedimientos regulados por la misma Ley, con un relevante papel del registrador en su función calificadora —*cfr.*, artículos 9, 10 y 199 de la LH—.

De los hechos expuestos resulta que la finca en cuestión, como consta en la licencia de 1963, en el certificado catastral, en la descripción registral y de la propia calificación urbanística, linda con carretera de Ocaña, estando sujeta a las limitaciones que impone su normativa especial, la actual Ley 37/2015, de 29 de septiembre de 2015, de carreteras y en su caso, la Ley 6/1991, de 27 de marzo de 1991, de Carreteras de la Comunidad Valenciana —*cfr.*, artículo 2—. Aunque se reconozca expresamente la posibilidad de edificaciones en fuera de ordenación o asimilado, con su consiguiente régimen limitativo, en zonas de colindancia con carretera, bajo un régimen transitorio acorde con el respeto a los derechos adquiridos o situaciones consolidadas, la propia norma estatal sobre requisitos

de inscripción de las edificaciones consolidadas por antigüedad —artículo 20.4, actual 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana—, dispone que el registrador comprobará que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general. Es lo que ocurre en el presente supuesto, en el que resulta con claridad la afección de la finca a las limitaciones de la normativa especial de carreteras. La actuación impuesta al registrador de «comprobación» de que el suelo sobre el que se declara la edificación antigua no está afectada por una servidumbre que limite el uso edificatorio o el «*ius aedificandi*» del titular de la finca debe traducirse, como ha sucedido en el caso ahora debatido, en una suspensión de la inscripción hasta tanto se acredite la correspondiente resolución administrativa —*vid.*, resoluciones de 11 de junio de 2013, 27 de febrero de 2014 y 29 de junio de 2015.

Resolución de 19-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro de la propiedad de Córdoba, número 2

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: LÍMITE DE COBERTURA HIPOTECARIA.

Como cuestión previa, de carácter procedimental, debe señalar este Centro Directivo respecto al objeto del recurso, que es doctrina reiterada que aun cuando el recurrente exprese en su escrito que impugna la calificación del registrador sustituto, el citado recurso debe referirse única y exclusivamente contra la nota de calificación emitida por el registrador sustituido.

Habiéndose verificado la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas hipotecadas, conforme al artículo 119 de la LH, el artículo 120 determina que «fijada en la inscripción la parte de crédito de que deba responder cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses, con arreglo a lo prescrito en los artículos anteriores». Consecuentemente no existiendo terceros, el acreedor puede reclamar la totalidad de su crédito sobre cualquiera de las fincas hipotecadas, pero existiendo titulares de cargas posteriores, el importe de las cantidades consignadas por cada uno de los conceptos objeto de cobertura hipotecaria tienen el carácter de límite de dicha reclamación.

Resolución de 15-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Palma de Mallorca, número 3

PROPIEDAD HORIZONTAL: DIVISIÓN DE PISOS Y LOCALES. DIVISIÓN DE FINCAS: INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD.

Hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo según la cual 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.

Esta Dirección General ha admitido la validez de las cláusulas por las que se permite la división, segregación, agrupación o agregación de elementos privativos sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios. Las cláusulas que permiten la agrupación o división anticipan el consentimiento requerido por la Ley sobre propiedad horizontal para la modificación del título constitutivo, permitiendo que el dueño pueda actuar no solo sobre los elementos arquitectónicos e instalaciones de todas clases, aparentes o no, comprendidas en su unidad privativa y que le sirvan exclusivamente a él, sino también sobre los elementos comunes que separan los distintos pisos o locales de su propiedad, siempre que no se altere o menoscabe la seguridad del edificio, su estructura general, configuración exterior o se perjudiquen de cualquier modo los derechos de cualquier otro propietario. Nada impide que puedan ir más allá, facultando inclusive a que se altere la estructura general del edificio siempre que no se menoscabe su seguridad, pues sí puede la junta autorizarlo no constando en estatutos, también podrá haber quedado plasmada anticipadamente la voluntad de los propietarios en este sentido en el título constitutivo y dicha autorización conllevará todos los elementos necesarios para su ejecución, entendiéndose incluido, en su caso, el que se afecten elementos comunes no esenciales para la edificación, quedando conformada, tras la agrupación, la finca resultante como una unidad, si no arquitectónica, sí de destino. Tras la reforma operada por la Ley 8/2013, de 26 de junio de 2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, este Centro Directivo ha afirmado que debe entenderse que con la nueva normativa existe el mismo fundamento para admitir la validez de este tipo de cláusulas estatutarias. Por tanto, con la actual redacción del artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal, y conforme al criterio sostenido por el TS y por esta Dirección General, para llevar a cabo la división de un departamento independiente será imprescindible contar con la previa aprobación por las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, o bien, que presten su consentimiento interviniendo en la escritura, además del propietario del elemento dividido, los propietarios de los restantes elementos del edificio, a menos que figure recogida en los estatutos de la propiedad horizontal una cláusula que autorice al propietario de dicho departamento para realizar esta operación sin el referido acuerdo de la comunidad.

No hay duda, y así se afirmó en las resoluciones de 20 de marzo de 2014 y 28 de mayo de 2014, que tras la redacción dada al artículo 10.3.b) de la Ley sobre propiedad horizontal por la Ley 8/2013, de 26 de junio de 2013, la realización de algún acto de división, segregación o agregación, con la finalidad recogida en dicho precepto, respecto de pisos, locales o anejos que formen parte de un edificio en régimen de propiedad horizontal requiere la previa autorización administrativa como acto de intervención preventiva que asegure su adecuación a la norma de planeamiento. En el caso objeto de este recurso parece claro que, tratándose de la división en dos de un departamento privativo de una propiedad horizontal, concurren los presupuestos fácticos que determinan la exigencia de la referida autorización administrativa en los términos expuestos, sin que concurren ninguna de las dos excepciones contempladas en el artículo 26.6 de texto refundido de la Ley de suelo.

Este Centro Directivo, a partir de su resolución de 17 de octubre de 2014 ha admitido 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. De

esta forma se ha admitido la inscripción de actos de división o segregación de fincas respecto de los cuales ya no procede adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su reagrupación forzosa, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes. El artículo 65.2, en relación al 73, de la anterior Ley 10/1990, de 23 de octubre de 1990, de disciplina urbanística, y el actual artículo 154.1 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo de 2014, de ordenación y uso del suelo de las Islas Baleares, establecen un plazo de ocho años para la actuación de protección de legalidad. En el supuesto de hecho de este expediente consta acreditado por declaración expresa del arquitecto compareciente en la escritura de división del elemento independiente del edificio en propiedad horizontal, que la «situación fáctica de individualidad e independencia de ambos elementos privativos se remonta a hace más de ocho años, circunstancia que acredita y certifica por su conocimiento del edificio desde hace años». Además no consta la existencia de anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística. Resulta por tanto de aplicación la doctrina sentada por este Centro Directivo para este tipo de casos, procediendo la estimación del recurso en cuanto a este defecto.

Resolución de 15-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Denia, número 2

DERECHO EXTRANJERO: PRUEBA.

La prueba del Derecho extranjero ha sido objeto de nueva regulación en la Ley 29/2015, de 30 de julio de 2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en vigor desde el 20 de agosto de 2015). No obstante, esta ley es de carácter general pero subsidiaria a la ley especial, entre las que se encuentra la legislación hipotecaria (disposición adicional primera, letra f), de la Ley 29/2015, de 30 de julio de 2015), en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley, por lo que se deberá acudir preferentemente a los medios de acreditación del derecho extranjero previstos en el artículo 36 del RH.

La normativa aplicable a la acreditación en sede registral del ordenamiento extranjero debe buscarse, en primer término, en el artículo 36 del RH, norma que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. Según este precepto los medios de prueba del Derecho extranjero son «la aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable». El precepto señala además que «por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles». La enumeración expuesta no contiene un *numerus clausus* de medios de prueba ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse «entre otros medios», por los enumerados. Por otro lado, al igual que en sede judicial se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no solo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia.

Esta doctrina general es especialmente relevante en relación al patrimonio de las personas casadas. La resolución de 4 de diciembre de 2015, destacó que la titularidad de los bienes inscritos queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico-matrimonial que determina el ejercicio y extensión del Derecho. Por ello, el Registro, con carácter general, debe expresar el régimen jurídico de lo que se adquiere, y, en este sentido, la regla 9.ª del artículo 51 del RH exige que se haga constar el régimen económico-matrimonial. La determinación de la situación jurídica objeto de publicidad no varía por el hecho de resultar aplicable un sistema jurídico distinto del español.

Resolución de 16-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Palma de Mallorca, número 1

HIPOTECA: MODIFICACIONES HIPOTECARIAS DE LA FINCA HIPOTECADA.

De la doctrina de este Centro Directivo cabe destacar resumidamente lo siguiente: primero, que el principio de indivisibilidad de la hipoteca implica, en caso de división o segregación realizada en la finca original, la subsistencia de la hipoteca en su integridad sobre cada una de las fincas resultantes aun cuando se reduzca la obligación garantizada (arts. 1860 del Código Civil y 122 de la LH); segundo, es principio básico de nuestro sistema, que la división de finca hipotecada no precisa el consentimiento del acreedor hipotecario, si bien de no mediar dicho consentimiento, cada una de las nuevas fincas resultantes responden de la totalidad del crédito garantizado, pudiendo el acreedor pedir la ejecución de cualquiera de ellas o de todas simultáneamente (*cf.*, arts. 122 y 125 de la LH), y tercero, que cuando una parte de ese derecho complejo en que consiste el dominio del piso o local en régimen de propiedad horizontal, se separa e independiza jurídicamente, seguirán pesando sobre ella los gravámenes recayentes sobre el derecho en el que se integraba anteriormente —*cf.*, resolución de 27 de diciembre de 2010—, aunque las limitaciones a las facultades dominicales derivadas de ese singular régimen de propiedad se ajustarán a su normativa específica.

Resolución de 17-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Granada, número 1

IGLESIA CATÓLICA: INMATRICULACIÓN POR EL 206 DE LA LH ASIENTO DE PRESENTACIÓN: REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO.

La inmatriculación de bienes a favor de las entidades que integran la Iglesia Católica en virtud de certificación de dominio estaba regulada en el artículo 206 de la LH antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio de 2015. Debe confirmarse la nota de calificación ya que habiéndose presentado la certificación de dominio para inmatricular el 18 de agosto de 2015, posterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, no es de aplicación la normativa anterior y por tanto no es admisible dicha certificación debiendo acudir al procedimiento común de inmatriculación regulado en el artículo 205 de la LH. También debe rechazarse el argumento señalado por la recurrente al afirmar que como existe

un único Registro de la propiedad, el documento se presentó antes de la reforma del artículo 206 de la LH aunque fuera en otro Registro no competente. No es admisible esta postura ya que en el sistema registral español rige el principio de territorialidad reconocido en el artículo 1 de la LH y artículo 2 de su Reglamento al señalar que «las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro, en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles».

Son dos actuaciones las que debe hacer el registrador cuando se le presenta un título: primero, proceder a darle asiento de presentación si reúne los requisitos legales o, en su caso, denegar el mismo notificando este extremo al presentante para que, si lo desea, recurra esa decisión ante este Centro Directivo y, segundo una vez que se ha dado asiento de presentación, calificar el título. Lo que en ninguna parte de la LH se admite es la devolución, sin más, del título, a no ser que se considere a dicha devolución más la expresión de la causa que la motiva como denegación del asiento de presentación. Ahora bien el que otro registrador no haya seguido el procedimiento en materia de notificaciones —cuyas consecuencias no se pueden determinar en el seno de un recurso contra la calificación registral— no es óbice para que la presentación de la certificación, en el Registro competente, se haya producido estando ya en vigor la Ley 13/2015 y por tanto que la denegación de la inscripción por el registrador recurrido sea conforme al ordenamiento jurídico.

Resolución de 17-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Valdepeñas

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. HERENCIA: DERECHO DE ACRECER.

Según la reiterada doctrina del TS, la interpretación de la voluntad del causante ha de llevarse a cabo con un criterio subjetivista, pues aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. La extensión propia del derecho de acrecer por causa de vacante es excepcional en Derecho de sucesiones, pues la regulación del orden sucesorio parte normalmente de la regla general de la voluntad del testador, de modo que en el caso en que este haya ordenado una sustitución vulgar no podrá entrar en juego aquel derecho (*vid.*, art. 774 del Código Civil).

En la interpretación de las cláusulas testamentarias debatidas, para determinar si la sustitución vulgar establecida a favor de la persona extraña al círculo de parentesco debe operar en defecto de una de las herederas nombradas, de sus descendientes y del cónyuge del respectivo testador (como entiende el registrador), o si, por el contrario, debe operar solo en defecto de ambas herederas, de sus descendientes y del cónyuge del causante (como entiende la recurrente), no puede negarse que existen elementos suficientes que permiten concluir que existe una voluntad de ambos testadores en el segundo de los sentidos apuntados, habida cuenta de la coordinación de los títulos sucesorios en los que se nombra herederas, por partes iguales, a quienes son también legitimarias, de modo que

de una interpretación lógica, finalista e incluso gramatical se desprende que es voluntad del respectivo testador que únicamente en defecto de descendientes del mismo herede el cónyuge y únicamente a falta de todos ellos entrara en juego la sustitución en favor del extraño. En esta labor interpretativa, no puede negarse que la sustitución ordenada tras la institución por iguales partes de las dos hijas no indica sino que la sustitución opera a falta de ambas instituidas y de descendientes de ambas. En consecuencia, si ha premuerto una de las hermanas instituidas en primer lugar, sin descendientes —y habiendo premuerto también el cónyuge— habrá de jugar el derecho de acrecer (*cf.*, 912.3.o, 982 y 983 del Código Civil), heredando en el todo la hermana instituida y sobreviviente (*vid.*, la resolución de 25 de marzo de 2003).

Resolución de 18-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Toledo, número 3

DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE: REQUISITOS PARA SU CONSTITUCIÓN COMO DERECHOS REALES INSCRIBIBLES.

Cabe recordar la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (*cf.*, arts. 2.2.º de la LH y 7 del RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (*cf.*, arts. 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la LH). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (*cf.*, resoluciones de 5 de junio de 1987, y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras).

Según la doctrina de esta Dirección General y la Jurisprudencia del TS, ninguna duda ofrece la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de adquisición preferente constituidos por la voluntad de las partes como verdaderos derechos reales innominados. Y ello siempre que se cumplan los requisitos y se respeten los límites institucionales o estructurales propios de los derechos reales antes reseñados.

Como ha expresado el TS en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros. Más recientemente, este Centro Directivo en la resolución 25 de febrero de 2015, considera que «... el principio de especialidad o determinación..., según el cual solo deben acceder al Registro de la propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, exige que no exista atisbo de duda sobre los elementos esenciales del derecho

real inscrito..., sin que el registrador pueda hacer deducciones o presunciones, ya que la oscuridad de los pronunciamientos registrales puede acarrear graves consecuencias para la seguridad del tráfico porque quien consultase los asientos del Registro no podría conocer por los datos de los mismos cuál es el alcance, contenido y extensión del derecho inscrito».

Las anteriores consideraciones conducen necesariamente a confirmar la calificación impugnada, pues en la escritura en que se pacta el derecho de adquisición preferente debatido no se expresa que este tenga carácter real, tampoco se establece que será inscribible, ni se determinan las consecuencias en caso de que se incumpla lo estipulado, y no aparece determinado el concreto contenido y extensión de las facultades que integran el derecho cuyo su acceso al Registro se pretende. No puede compartirse el criterio según el cual un derecho de adquisición preferente con un plazo no determinado contractualmente deba considerarse que tiene una duración de treinta años, bajo la pretensión de que como plazo de duración de los contratos de arrendamiento en los que no figura plazo se tomará el de treinta años por analogía con el usufructo, algo que, por otra parte, resulta contradictorio con el contenido de la escritura calificada, toda vez que al titular del teórico derecho de adquisición constituido precisamente se le niega la condición de arrendatario. Tampoco puede pretenderse que el carácter real del derecho constituido se derive de la pura circunstancia de que las partes, si no hubieran querido otorgarle tal carácter, habrían fijado una duración inferior a seis años para que no tuviese acceso al Registro, algo que carece de todo fundamento.

Resolución de 18-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Escalona

CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FISCALES: ALCANCE.

Como cuestión preliminar hay que destacar que el artículo 254 de la LH es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales. Se excluye el acceso al Registro de la propiedad y se impone al registrador el deber de comprobar, para la admisión del documento, el previo cumplimiento de las obligaciones tributarias a que pudiera estar sometido el acto o contrato que pretenda acceder al Registro, permitiéndose únicamente antes de que se verifique la presentación en la oficina fiscal, conforme a lo dispuesto en el artículo 255 de la LH, la práctica del asiento de presentación, suspendiendo en tal caso la calificación y la inscripción, con devolución del título presentado, a fin de satisfacer el impuesto correspondiente o, en su caso, alegar ante la autoridad fiscal la no sujeción o exención del impuesto de los actos contenidos en el documento presentado.

Constando liquidada la permuta en cuanto a las fincas registrales, es decir en cuanto a una de las transmisiones que se operan y, que como se ha dicho, han de considerarse individualizadamente, es cuestionable que deba exigirse la acreditación así mismo de la liquidación de la otra transmisión, aun cuando esta no deba tener acceso al Registro, o si por el contrario satisfecho el impuesto del acto o contrato que accede al Registro siquiera parcialmente en cuanto a esta operación, debe procederse a la calificación de forma análoga a lo que sucede cuando, en concordancia con el principio de voluntariedad de

la inscripción en el Registro de la propiedad, se solicita la inscripción de una sola de las fincas vendidas en una escritura o de una participación hereditaria concreta, aun referida a una porción indivisa de una finca, habiéndose liquidado el título en cuanto a estas y sin que conste si se ha efectuado o no la liquidación respecto al resto.

Es evidente la dependencia orgánica y funcional de la Oficina Liquidadora de Escalona derivada de su relación administrativa con la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y por tanto presentado el documento en dicha oficina y siendo competente para recibir el pago la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha es de aplicación lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 30/1992 según el cual el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, si este pertenece a la misma Administración Pública. Es cierto que la liquidación debía contemplar como sujeto pasivo a la sociedad adquirente, pero no puede desconocerse que el documento presentado al pago es la propia escritura de permuta lo que no deja duda del alcance y beneficiario de la transmisión.

Resolución de 19-2-2016

(BOE 11-3-2016)

Registro de la propiedad de Ledesma

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CANCELACIÓN DE HIPOTECA POSTERIOR A LA EJECUTADA QUE TIENE NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN.

Este Centro Directivo ya ha señalado que, como puede advertirse, de la literalidad de ambos preceptos se aprecian diferencias, por cuanto si bien el artículo 131 de la LH se refiere exclusivamente a la «escritura de carta de pago de la hipoteca», el artículo 688.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a que el «registrador no podrá cancelar la hipoteca por causas distintas de la propia ejecución». La regla general tiene excepciones, como ocurre cuando se trate de ejecución de una carga anterior a la hipoteca en ejecución, que conllevará la cancelación de esta sin necesidad de previa cancelación de su nota marginal, pero eso es así porque al expedirse certificación de cargas y ponerse nota al margen de la carga anterior, el registrador, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 de la LH, habrá comunicado al juzgado o tribunal, ante quien se sustancie el procedimiento de ejecución directa hipotecaria posterior, la extensión de ese ulterior asiento que va a afectar a la ejecución por lo que no existe posible perjuicio a ulteriores adquirentes que pudieran adquirir confiados en la validez de los asientos registrales (los cuales por otra parte conocen la existencia de cargas anteriores). Es este el supuesto que ahora se plantea. En todo caso cancelándose la hipoteca posterior, como consecuencia de una anterior, y constando en aquella haberse expedido certificación de dominio y cargas del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el registrador deberá notificar a dicho Juzgado conforme al artículo 135 de la LH.

Resolución de 25-2-2016

(BOE 28-3-2016)

Registro de la propiedad de Oropesa del Mar, número 1

DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: CÓDIGO SEGURO DE VERIFICACIÓN.

Cabe concluir la plena vigencia de la Ley 11/2007 y su normativa de desarrollo con relación a los documentos administrativos presentados en el ámbito registral. No obstante, el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 11/2007 señalado en la letra a) del número 1 del artículo 2 determinará la posibilidad de utilización del código seguro de verificación como sistema de firma, o como código electrónico de verificación, que le estará vedado al ciudadano, pero no la obligatoriedad de admitirlo con todos sus efectos, que alcanza al conjunto de la sociedad.

A la vista de lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 11/2007 y 20 y 21 del Real Decreto 1.671/2009, se permite el uso de sistemas de código seguro de verificación, para la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes, no solo para actuaciones automatizadas, sino también para su uso por parte del personal al servicio de la misma, con independencia de que dicho personal también pueda utilizar una firma basada en el DNI electrónico o basada en certificado de empleado público al servicio de la Administración General del Estado expresamente admitidos con esta finalidad. Para el uso de código seguro de validación por parte de personas físicas al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos vinculados o dependientes se precisan los mismos requisitos que para la utilización del mismo en procesos automatizados, establecidos en el artículo 20 del citado Real Decreto. En base a lo expuesto en el presente caso estamos ante un código generado electrónicamente que nos permite constatar la veracidad del documento y que este documento está firmado con sello del órgano de la Secretaría del Ayuntamiento considerado como una actuación administrativa automatizada.

Acto administrativo convencional y acto administrativo electrónico coinciden en cuanto a régimen jurídico. Ahora bien, la concurrencia de toda una serie de exigencias adicionales impuestas por la Ley 11/2007 a la actuación administrativa automatizada hace que el régimen jurídico de esta posea especialidades, principalmente es que la posibilidad de expresar la actividad administrativa por medios electrónicos sin intervención de persona alguna debe estar expresamente prevista y automatizada con carácter previo. No basta con la habilitación genérica de la Ley 11/2007, sino que tal norma reguladora de cada procedimiento deberá incluir una habilitación específica, así resulta del artículo 38.2 de la mencionada ley al establecer que «podrán adoptarse y notificarse resoluciones de forma automatizada en aquellos procedimientos en los que así esté previsto».

El Ayuntamiento de Cabanes, en el uso de las competencias que en materia de sello de órgano para actuaciones administrativas automatizadas le atribuye la Ley 11/2007 en los citados artículos 18, 38 y 39, y en virtud del artículo 19 del Real Decreto 1.671/2009, de 4 de noviembre de 2009, por el que se desarrolla parcialmente la mencionada ley, determinando que la creación de los sellos electrónicos se realizará mediante resolución del titular del organismo público competente, que se publicará en la sede electrónica correspondiente, regulando los datos que necesariamente deben figurar en la resolución aprobatoria, dictó Resolución de Alcaldía 2014-1.268 de fecha de 21 de noviembre de 2014 por la cual determina cuáles son las actuaciones administrativas automatizadas y entre las que se encuentra la diligencia de exposición de los edictos o anuncios

publicados en el tablón que serán firmados por el sello de órgano que le acompañara un código seguro de verificación (CSV), que facilitará la comprobación de forma remota de la existencia y validez del documento. Consecuentemente el defecto debe ser revocado.

Resolución de 29-2-2016

(BOE 28-3-2016)

Registro de la propiedad de Chicana de la Frontera, número 1

PROCEDIMIENTO DE VENTA EXTRAJUDICIAL: SOBRANTE. NOVACIÓN DE HIPOTECA: MODIFICACIÓN DEL VALOR DE TASACIÓN Y CARGAS INTERMEDIAS.

El registrador reprocha que se hayan computado conjuntamente dos partidas (comisiones y costas y gastos), que se encuentran garantizadas separadamente. El defecto debe ser confirmado por cuanto, como resulta de los artículos 692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 132.3.o de la LH, la liquidación de cada partida objeto de garantía debe ser realizada de forma separada. En cuanto a la competencia del registrador para cuestionar la liquidación realizada, competencia que el escrito de recurso pone en cuestión. Este Centro Directivo ha reiterado que el registrador no solo puede sino que debe comprobar la existencia de sobrante, asegurándose de que la cantidad que ha de entregarse al acreedor por cada uno de los conceptos, principal, intereses y costas no exceda del límite de la respectiva cobertura hipotecaria en detrimento de los acreedores posteriores y del dueño de la finca. El artículo 132.3 y 4 de la LH reconoce la competencia del registrador de la propiedad para calificar dichos aspectos y este Centro Directivo ha tenido oportunidad en numerosas ocasiones (resolución de 31 de julio de 2014, por todas), de confirmar la competencia del registrador proclamada por el citado precepto.

Junto a lo anterior, y como afirmara la resolución de 30 de agosto de 2013, de la regulación normativa resulta con toda claridad cuáles son los conceptos que cabe incluir en la partida reservada para costas y gastos cuando la hipoteca se realiza por vía extrajudicial. Expresamente lo recoge el artículo 236.k).3 del RH: «El notario practicará la liquidación de gastos considerando exclusivamente los honorarios de su actuación y los derivados de los distintos trámites seguidos». La claridad del precepto no deja lugar a dudas: solo son imputables a dicha partida los gastos devengados por honorarios del actuante y de aquellos derivados de sus actuaciones (publicación de edictos, gastos de correo,...). Cualesquiera otros quedan fuera de la cobertura hipotecaria.

Siendo la inscripción de la hipoteca uno de los pilares básicos de la ejecución hipotecaria (*cfr.*, art. 130 de la LH), la fijación de la tasación constituye un elemento esencial sobre el que gira la licitación, confiriendo distintos derechos al postor, al ejecutado y al ejecutante en función del porcentaje que la postura obtenida en la puja represente respecto del valor; en los términos recogidos por los artículos 670 y 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo determinante dicho precio para la evaluación acerca de si el valor de lo adjudicado ha sido igual o inferior al importe total del crédito del actor y de la existencia y eventual destino del sobrante, extremos estos expresamente calificables por el registrador al amparo de lo dispuesto en el artículo 132.4.o de la LH. De aquí que quepa plantearse, como hace el registrador, si la modificación del valor de la finca hipotecada llevado a cabo con posterioridad a su constitución puede perjudicar a los titulares

de cargas intermedias, especialmente cuando como en el caso del expediente, la modificación es a la baja, disminuyendo así las expectativas de existencia de sobrante con el que resarcirse (*cf.*, art. 670.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación al art. 129.2.h de la LH). El registrador de la propiedad en ejercicio de su función de calificación no debe en ningún caso inscribir un derecho cuyo rango sea ambiguo o impreciso. En opinión de esta Dirección General, no puede afirmarse que la modificación de la tasación incida sobre el rango hipotecario, porque la tasación y el domicilio son requisitos de carácter procesal esenciales para poder acudir al procedimiento de ejecución directa hipotecario y a la venta extrajudicial (*cf.*, arts. 682 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129 de la LH), mientras que el rango opera respecto del derecho real de hipoteca y la configuración del préstamo o crédito al que sirve de garantía y contribuye a su determinación. Si, a pesar de la existencia de cargas o derechos intermedios, el registrador considera que no se precisa del consentimiento de los titulares de dichos derechos o que dicha novación no supone pérdida de rango de la hipoteca, e inscribe, dicha inscripción así practicada se encuentra protegida por la presunción de existencia y titularidad en la forma establecida en el asiento respectivo (art. 38 de la LH) y bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, de la LH).

Resolución de 29-2-2016

(BOE 28-3-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 17

SOCIEDADES MERCANTILES: LIQUIDACIÓN.

La resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquella. Durante ese periodo la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un *status* especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (*cf.*, art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan solo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.a del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)». Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (*cf.*, art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo.

Del régimen jurídico expuesto se deduce la imposibilidad de que el liquidador transmita a uno de los socios, total o parcialmente, directa o indirectamente, el

activo resultante de la liquidación con anterioridad a la aprobación del balance final de liquidación y hasta que haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 390 de la Ley. Esta conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que la sociedad sufra una situación de bloqueo que haya impedido la aprobación de cuentas de ejercicios anteriores, ni porque la enajenación de los bienes resulte difícil o complicada, ni por el hecho de que pueda presumirse que la situación de enfrentamiento entre los socios se va a prolongar en el tiempo, ni por la circunstancia, como ocurre en el supuesto, de que uno de los socios renuncie a su liquidación en dinero y acepte bienes en pago, ni tampoco porque el socio requerido, haciendo uso de su derecho, no haya contestado al liquidador. La previsión legal no queda alterada por ninguna de estas circunstancias.

La situación anterior no queda salvada con la sujeción del negocio jurídico a la condición de que el balance final sea aprobado por la junta de socios o por el juez en su defecto, porque implica poner en condición lo que constituye un requisito legal. La aprobación del balance de liquidación constituye una «*conditio iuris*» del nacimiento de la causa que justifica el desplazamiento patrimonial por lo que este no puede condicionarse a su posterior existencia.

Resolución de 1-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 3

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Tratándose de escrituras autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de una determina norma de protección de legalidad urbanística pero presentadas en el Registro de la Propiedad durante su vigencia, debe exigir el Registrador su aplicación, pues el objeto de su calificación se extiende a los requisitos exigidos para la inscripción. Ello no implica una eventual aplicación retroactiva de normas actuales a hechos pretéritos, pues el curso del procedimiento registral se desarrolla bajo la vigencia de la nueva norma sobre requisitos de inscripción y esta misma se remite a la correspondiente normativa sustantiva que resulte de aplicación conforme a las normas transitorias particulares y principios generales del derecho intertemporal.

Como ha señalado este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las resoluciones de 5 de marzo de 2013 y 5 de agosto de 2013), el acceso al Registro de la Propiedad de edificaciones (o de sus mejoras o ampliaciones: *vid.*, artículos 308 del RH y 45 y 52 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio) respecto de las que no procede el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística, como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción establecido por la ley para la acción de disciplina, se halla sometido, de modo exclusivo, al cumplimiento de los requisitos expresamente establecidos por la ley, entre los que no se encuentra la prueba exhaustiva de la efectiva extinción, por prescripción, de la acción de disciplina urbanística. Ahora bien, todo lo anterior debe entenderse sin perjuicio del presupuesto que configura la tipología del supuesto de hecho de la norma contenida en el artículo 28, número 4, de la Ley de Suelo. Y en esta calificación el Registrador, como afirmó la resolución de 11 de diciembre de 2012, deberá «constatar, por lo que resulte del Registro (y, cabe añadir, del propio título calificado), que la finca no se encuentra incluida en zonas de especial protección», en aquellos casos en que la correspondiente legislación aplicable imponga un régimen de imprescriptibilidad de la correspondiente acción de restauración de la

realidad física alterada, pues en tales casos ninguna dificultad existe para que el registrador aprecie la falta del requisito de la prescripción, dado que su ausencia no queda sujeta a plazo y su régimen resulta directamente de un mandato legal.

A tenor del imperativo consagrado en el artículo 18 de la LH y concordantes de su Reglamento, el registrador en su labor de calificación debe tomar en consideración tanto los asientos del Registro como los documentos presentados —todo ello de acuerdo con la normativa aplicable—, para poder determinar la validez del acto contenido en el título objeto de presentación o verificar el cumplimiento de requisitos que le impone la Ley. Dentro de esta normativa no puede ser eliminado o descartado por no haber tenido un reflejo registral directo el concreto Plan de ordenación territorial o urbanístico que afecte a la zona en cuestión, cuya categoría reglamentaria no puede debatirse en ningún momento. A partir de la entrada en vigor de esta Ley no es posible el acceso registral de declaración de edificaciones o instalaciones sin que en el título correspondiente conste la identificación geográfica de su localizador. 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 la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Resulta evidente que las circunstancias descriptivas tomadas de la certificación catastral, que a estos efectos se presume cierta (art. 3 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), pueden y deben acceder al contenido de los asientos registrales en aras de una mayor coordinación entre los datos descriptivos obrantes en el Registro de la Propiedad y la institución catastral, si bien para ello es necesario que dentro del procedimiento registral quede establecida la adecuada correspondencia entre la finca registral y la parcela catastral, extremo que habrá de ser objeto de calificación por el registrador de la propiedad, tal como se establece en los artículos 18 de la LH y 18.2, letra d), del texto refundido de la Ley del Catastro.

La fecha de antigüedad de la edificación, en este caso 1990, será determinante, en primer lugar, para definir qué norma urbanística es aplicable desde el punto de vista sustantivo. Debido a ello, al tiempo de entrar en vigor la nueva ley urbanística que impone la imprescriptibilidad en el suelo no urbanizable protegido —en el caso valenciano, el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, artículo 255— el plazo concedido a la Administración para restablecer la legalidad se encontraba agotado, por lo que el renacimiento de una acción ya extinguida supondría evidentemente la aplicación retroactiva de la disposición o, en su caso, de la nueva situación urbanística, en claro perjuicio del administrado.

Resolución de 1-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Motril, número 1

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SENTENCIA DICTADA EN EL ORDEN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Siendo la Administración Pública condenada en un proceso contencioso-administrativo la encargada legalmente de ejecutar la sentencia recaída en el

mismo, la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquella. Si la sentencia ordena la retroacción del expediente administrativo a un momento procedimental determinado, por haberse omitido un trámite esencial, la Administración habrá de proseguir aquel a partir del momento correspondiente, realizando todos los trámites preceptivos (incluyendo por supuesto el omitido) hasta dictar nueva resolución. Ahora bien, la inscripción de actuaciones que surten efectos frente al titular registral precisa que el procedimiento asegure que su posición jurídica es respetada así como la de aquellas personas en cuya esfera jurídica se van a desplegar.

Es cierto, como bien refleja el registrador en su nota y en su informe en defensa de esta, que este Centro Directivo ha admitido en determinados casos, cierta matización en la aplicación de este criterio, si bien diferenciando el ámbito jurisdiccional del que dimana la resolución cuya ejecución se pretenda. En el orden contencioso administrativo será el órgano jurisdiccional que ejecuta la resolución de tal naturaleza el competente para —en cada caso concreto— determinar si ha existido —o no— la necesaria contradicción procesal excluyente de indefensión, que sería la circunstancia determinante de la condición de tercero registral, con las consecuencias de ello derivadas, de conformidad con la legislación hipotecaria. Por el contrario en la jurisdicción civil, como bien recuerda la sentencia de la Sala Primera del TS de 21 de octubre de 2013, el registrador «...debía tener en cuenta lo que dispone el artículo 522.1 LEC, a saber, todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica. Y como tiene proclamado esta Sala, por todas, la STS núm. 295/2006, de 21 de marzo, “no puede practicarse ningún asiento que menoscabe o ponga en entredicho la eficacia de los vigentes sin el consentimiento del titular o a través de procedimiento judicial en que haya sido parte”».

En el supuesto de hecho de este expediente, que se desarrolla dentro del ámbito jurisdiccional contencioso administrativo, y de forma concordé con lo expuesto, en defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (*cf.*, art. 82 de la LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignas de protección, como expresamente ha reconocido la citada STS de 16 de abril de 2013 (*cf.*, art. 522, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y en nada cambia lo anterior el hecho de que se haya intentado la notificación posterior de la sentencia de nulidad y el acuerdo administrativo posterior, ya que el hecho de que el titular registral deba conocer la existencia del procedimiento responde a la necesidad de posibilitar su intervención en el curso del mismo ya que solo mediante esta podrá defender sus derechos, lo que no puede suplirse por el conocimiento del resultado del proceso judicial una vez finalizado.

Resolución de 1-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Requena

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO: INTERRUPCIÓN DEL TRACTO.

Se trata de un expediente con finalidad formalmente inmatriculadora, según resulta del encabezamiento del título objeto de presentación, y al cual las partes interesadas, atendiendo a su contenido, pretenden conceder virtualidad de reanudación del trato sucesivo interrumpido. Esta circunstancia, a pesar de las dudas razonables que pudiera haber suscitado, no permite mantener el defecto de la registradora tal y como ha sido expuesto en su nota de calificación.

De la documentación presentada y objeto de calificación no resulta, ni la evidente interrupción del tracto (al haberse adquirido directamente del titular registral) ni se ha expuesto y justificado en el documento judicial una dificultad excepcional en la formación del título perdido o ausente, hábil para practicar directamente la inscripción, por lo que el defecto, tal y como ha sido expuesto por el registrador en la nota de calificación debe ser mantenido (*cfr.*, art. 326 de la LH), sin perjuicio de que pueda presentarse nuevamente la documentación junto con aquella que justifique la especial dificultad en la formación del título perdido o ausente al objeto de obtener una nueva calificación.

Resolución de 2-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Valencia, número 6

PARTICIÓN DE HERENCIA: PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.

Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que el registrador calificará a la vista de los documentos presentados en el Registro, y en consecuencia, no puede más que confirmarse la calificación en este punto, sin perjuicio de la subsanación del defecto con la presentación reglamentaria de la citada documentación.

Conforme al principio de tracto sucesivo del artículo 20 de la LH, es necesario aportar las declaraciones de herederos pertinentes y la intervención de los así declarados en aquellas particiones notariales o judiciales para su inscripción en el Registro de la propiedad. El principio de tracto sucesivo registral, no permite que los herederos de la titular registral no intervengan en la partición de herencia —conceptuado el derecho de los herederos como una *pars bonorum*—, sin prejuzgar la legitimación activa y pasiva apreciada por el juez. Este principio de tracto sucesivo, y el artículo 24 de la Constitución, sobre la proscripción de la indefensión, exigen que los sucesores así declarados por título sucesorio intervengan en la partición hereditaria, aceptándola o repudiándola, y con ello, la conversión del derecho hereditario in abstracto en la adjudicación de bienes concretos.

No corresponde al contador-partidor declarar herederos y efectuar notificaciones que equivalgan, a la participación en el procedimiento judicial de herencia y desde luego, no puede concretar en la Consellería de Hacienda Valenciana la

calidad de heredero de doña N. I. I. puesto que no ha cumplido el procedimiento establecido para tal efecto en los artículos 55 y siguientes de la Ley del Notariado en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Y en el caso de resultar falta absoluta de herederos abintestato por parentesco colateral, y en virtud del artículo 958 del Código Civil, se abriría el procedimiento para declaración de heredero al Estado en los términos del procedimiento recogido por los artículos 20.6 y 20.bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas, en su nueva redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Así pues, conforme el nuevo artículo 958 del Código Civil, se prevé la declaración administrativa de heredero para que el Estado pueda tomar posesión de los bienes, y este procedimiento no se ha cumplido.

Resolución de 2-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Gandía, número 4

BIENES PRIVATIVOS: PRUEBA DE PRIVATIVIDAD.

Debe decidirse en el presente expediente si para reflejar registralmente el carácter privativo de dos fincas, inscritas una como presuntivamente ganancial y la otra como ganancial, es suficiente una instancia privada suscrita por la esposa en la que afirma la procedencia privativa del dinero utilizado para el pago del precio de la compraventa, a cuyo efecto acompaña una serie de documentos que, a su juicio, son justificativos de tal carácter privativo. Es regla básica en nuestro Derecho hipotecario que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. No puede alterarse, por tanto, el contenido de los asientos sin dicho consentimiento o resolución judicial, o, en su caso, sin una acreditación fehaciente de lo manifestado que desvirtúe el contenido del título que motivó la inscripción vigente.

Para obtener la inscripción de un bien con carácter privativo, el artículo 95 del RH exige —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que, en las adquisiciones a título oneroso, se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública suficiente, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobretodo, el carácter fungible del dinero. En el mismo sentido se ha pronunciado esta Dirección General a propósito de la rectificación de inscripciones registrales a petición de parte al exigir la prueba de los hechos acreditativos del error padecido de un modo absoluto con documentos fehacientes y auténticos, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, lo que no ocurre en el presente caso. Finalmente, en contra de lo que afirma la recurrente, tampoco pueden servir de medio para rectificar el contenido del Registro las sentencias dictadas con ocasión del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales iniciado con el fin de determinar las partidas que habían de integrar el activo y pasivo de la sociedad de gananciales formada por los cónyuges titulares registrales, cuyo matrimonio quedó disuelto por causa de divorcio.

Resolución de 3-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Mahón

SOCIEDADES MERCANTILES: LIQUIDACIÓN.

La resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquella. Durante ese periodo la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un *status* especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (*cf.*, art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan solo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.^a del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)». Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (*cf.*, art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo.

Del régimen jurídico expuesto se deduce la imposibilidad de que el liquidador transmita a uno de los socios, total o parcialmente, directa o indirectamente, el activo resultante de la liquidación con anterioridad a la aprobación del balance final de liquidación y hasta que haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 390 de la Ley. Esta conclusión no se ve desvirtuada por el hecho de que la sociedad sufra una situación de bloqueo que haya impedido la aprobación de cuentas de ejercicios anteriores, ni porque la enajenación de los bienes resulte difícil o complicada, ni por el hecho de que pueda presumirse que la situación de enfrentamiento entre los socios se va a prolongar en el tiempo, ni por la circunstancia, como ocurre en el supuesto, de que uno de los socios renuncie a su liquidación en dinero y acepte bienes en pago, ni tampoco porque el socio requerido, haciendo uso de su derecho, no haya contestado al liquidador. La previsión legal no queda alterada por ninguna de estas circunstancias.

La situación anterior no queda salvada con la sujeción del negocio jurídico a la condición de que el balance final sea aprobado por la junta de socios o por el juez en su defecto, porque implica poner en condición lo que constituye un requisito legal. La aprobación del balance de liquidación constituye una «*conditio iuris*» del nacimiento de la causa que justifica el desplazamiento patrimonial por lo que este no puede condicionarse a su posterior existencia.

Resolución de 3-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Illescas, número 1

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: DNI DEL EMBARGADO.

Como ya señalara esta Dirección General en su resolución de 25 de junio de 2015 «desde la perspectiva registral lo especialmente relevante es que se produzca una perfecta identidad entre la persona demandada y embargada y la titularidad registral (*cf.*, art. 20 de la LH), al objeto de evitar que puedan practicarse anotaciones preventivas de manera incorrecta sobre fincas pertenecientes a personas distintas, lo cual es posible con aquellas que ostenten los mismos nombres y apellidos, con las gravísimas consecuencias si el proceso culmina en la ejecución y adjudicación. En este sentido la indicación del número de identificación fiscal u otros documentos oficiales que sirven para identificar a las personas constituyen un elemento especialmente importante para su perfecta identificación...».

Resolución de 4-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Vigo, número 1

LEGADO: ENTREGA.

Cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor, tan solo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el art. 81 del RH), posibilidad que no se da en el supuesto de hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo. Por ello, habida cuenta de la inexistencia de contador-partidor o albacea facultado para la entrega, es de aplicación lo previsto en el apartado c) del citado precepto reglamentario, de modo que no concurriendo los herederos por vía de la transmisión de una de las herederas no es posible la inscripción de la escritura calificada, pues no cabe la eventual toma de posesión por sí de la otra prelegataria favorecida en el testamento, dado que tal posibilidad tiene como presupuesto ineludible que la prelegataria sea, o haya devenido, única heredera.

Resolución de 4-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Teruel

DIVISIÓN DE FINCA: NECESIDAD DE LICENCIA PARA LA QUE SE REALIZA EN DOCUMENTO JUDICIAL.

Si el documento judicial formaliza una división de finca, es indudable que se trata de un acto con trascendencia urbanística que debe cumplir las respectivas normas sectoriales, y que corresponde al registrador exigir el cumplimiento de las normas que invocan su intervención a efectos del acceso registral del acto (*cf.*, arts. 18 de la LH y 100 de su Reglamento). Por ello, debe confirmarse la

exigencia del registrador; impuesta por los artículos 78 y 79 del Real Decreto 1.093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos urbanísticos, conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo. Todo ello, sin perjuicio de que pueda invocarse la antigüedad suficiente de la división efectuada, por ejemplo mediante la certificación catastral, que justifique la posible prescripción de las medidas de restablecimiento de legalidad urbanística, para exceptuar la exigencia de título administrativo habilitante, conforme a la doctrina de esta Dirección General —*cfr.*, resolución de 26 de mayo de 2015—, pero no ha ocurrido en el presente caso.

Resolución de 7-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Huelva, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 105 DEL RH.

Como ya precisaron las resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, 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), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad.

La cuestión planteada en el presente caso debe resolverse conforme a la doctrina de esta Dirección General expresada en la resolución de 12 de noviembre de 2010, según la cual la alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, y también con las normas hipotecarias vigentes, es la de entender que el documento presentado en el Diario en primer lugar (la compraventa) gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado. En los casos de falta de tracto sucesivo por falta de inscripción del título del disponente, siendo este causahabiente del titular registral, quedan modalizados los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de prioridad. Por tanto, en el caso del artículo 105 del RH, al permitir la suspensión del título, sin imponer su denegación, y la anotación preventiva por defecto subsanable, está permitiendo que la subsanación atribuya a la inscripción que a sus resultas se practique una eficacia retroactiva a la fecha del asiento de presentación practicado por el título subsanado, lo que supone necesariamente que el título intermedio entre el subsanado y el subsanador (en este caso la escritura de dación en pago) pasa a quedar definitivamente postergado en su rango respecto del primeramente presentado. Este criterio encuentra su equivalente en relación con las anotaciones preventivas de embargo en el artículo 140, número 1, del RH, ha sido sancionado mediante norma de rango legal a través del artículo 629, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el cual, en relación con el embargo de bienes inmuebles, establece que «si el bien no estuviere inmatricu-

lado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de este, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria».

Resolución de 8-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Huelva, número 1

PRINCIPIO DE PRIORIDAD REGISTRAL: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 105 DEL RH.

Como ya precisaron las resoluciones de 23 de octubre de 1998, 5 de abril de 1999, 23 de octubre de 2001 y 13 de noviembre de 2001, 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), sin que puedan obstaculizar su inscripción otros títulos, aunque sean incompatibles, presentados con posterioridad.

La cuestión planteada en el presente caso debe resolverse conforme a la doctrina de esta Dirección General expresada en la resolución de 12 de noviembre de 2010, según la cual la alternativa más lógica y congruente con una aplicación ponderada de todos los principios e intereses en juego, y también con las normas hipotecarias vigentes, es la de entender que el documento presentado en el Diario en primer lugar (la compraventa) gana prioridad no solo para sí, sino también para los documentos presentados con posterioridad cuando estos sean necesarios para su despacho a fin de subsanar el concreto defecto de falta de tracto sucesivo que impedía su inscripción, siempre que el disponente del primer documento presentado sea causahabiente del titular registral, y ello aunque tal atribución de prioridad suponga dotar al documento subsanatorio (reconstructor del tracto) de preferencia sobre el intermedio contradictorio que se presentó antes, pero después del subsanado. En los casos de falta de tracto sucesivo por falta de inscripción del título del disponente, siendo este causahabiente del titular registral, quedan modalizados los principios hipotecarios de tracto sucesivo y de prioridad. Por tanto, en el caso del artículo 105 del RH, al permitir la suspensión del título, sin imponer su denegación, y la anotación preventiva por defecto subsanable, está permitiendo que la subsanación atribuya a la inscripción que a sus resultados se practique una eficacia retroactiva a la fecha del asiento de presentación practicado por el título subsanado, lo que supone necesariamente que el título intermedio entre el subsanado y el subsanador (en este caso la escritura de dación en pago) pasa a quedar definitivamente postergado en su rango respecto del primeramente presentado. Este criterio encuentra su equivalente en relación con las anotaciones preventivas de embargo en el artículo 140, número 1, del RH, ha sido sancionado mediante norma de rango legal a través del artículo 629, número 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, el cual, en relación con el embargo de bienes inmuebles, establece que «si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de este, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria».

Resolución de 9-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Barcelona, número 17

RECURSO GUBERNATIVO: COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. HIPOTECA: CALIFICACIÓN REGISTRAL DE SUS CLÁUSULAS. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS: SU CONTROL EXCEDE DEL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

Antes de nada conviene aclarar que se procede a resolver todas las cuestiones que plantea el recurso, no obstante, la suspensión de la norma objeto de aplicación —el artículo 251.6, número 4, del Código de consumo de Cataluña— por providencia del TC de 6 de octubre de 2015, que admite a trámite el recurso de inconstitucionalidad 5.459/2015 presentado por el Gobierno de España contra el citado Código y suspende la vigencia, entre otros, del citado artículo; porque dicha suspensión carece de efectos retroactivos (art. 40.1 de la Ley Orgánica del TC 2/1979, de 3 de octubre) y entró en vigor respecto de terceros el día 9 de octubre pasado, fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Competencia para resolver este recurso. No cabe duda que la cuestión de la cuestión de la «protección de consumidores y usuarios» se trata de una materia transversal cuya regulación aparece en combinación con otros sectores de actividad que se relacionan con ella, como puede ser la legislación civil, registral, mercantil, financiera, etc.; por lo que la resolución de esta cuestión previa que nos ocupa exige el análisis de las concretas competencias que ostentan el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia de la «defensa de consumidores y usuarios» y la subsunción del hecho concreto objeto del expediente en el contexto normativo adecuado. En aplicación de estas competencias exclusivas, especialmente de las referidas a la materia de fijación de las bases de las obligaciones contractuales, de ordenación de los registros e instrumentos públicos y de ordenación del crédito y de la banca, las normas citadas han tenido como objeto establecer un régimen jurídico uniforme de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de todo el Estado, entre cuyas normas básicas se encuentran la proclamación de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo y crédito hipotecarios con subsistencia del contrato (arts. 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación) y la determinación de los límites de las cláusulas hipotecarias y los requisitos de transparencia contractual de las mismas para que puedan acceder al Registro de la propiedad (ej. artículos 84 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 114 de la LH o 6 de la Ley 1/2013). Congruentemente con este ámbito competencial, la legislación catalana no contiene normas acerca de las consecuencias civiles de las cláusulas abusivas sobre la eficacia de los contratos de préstamo hipotecario ni sobre la inscripción registral de los mismos. Con base en todo lo expuesto este Centro Directivo se considera competente para resolver el presente recurso ya que la materia discutida no es de Derecho especial catalán, sino que versa sobre la determinación de las consecuencias civiles o contractuales de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo o crédito hipotecario, la calificación registral de tales cláusulas y la regulación de los efectos que la apreciación registral de las mismas tiene sobre su inscripción, lo que es ajeno al Derecho catalán ya que está regulada por disposiciones de ámbito estatal.

El registrador de la propiedad carece de facultades para analizar la legalidad o constitucionalidad de las disposiciones que ha de aplicar en el ejercicio de su función, sino que debe limitarse a apreciar la validez de los actos dispositivos atendiendo al ordenamiento jurídico vigente y aplicable en cada momento, ya sea este comunitario, estatal o autonómico. Tampoco es el recurso el medio apropiado para apreciar esa posible inconstitucionalidad. El artículo 251.6, número 4, letra a) del Código de consumo de Cataluña en su redacción de la Ley 20/2014 dispone que «en los contratos de créditos y préstamos hipotecarios se considerarán abusivas las siguientes cláusulas: a) Las que incluyan un tipo de interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero vigente en el momento de la firma del contrato».

Los intereses moratorios. A este respecto debe señalarse que la legislación estatal, tras la Ley 1/2013, regula los intereses moratorios, en lo que ahora nos interesa, en el párrafo tercero del artículo 114 de la LH que dispone que «los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; de donde se infiere que la limitación a los intereses moratorios solo opera en los contratos del préstamo o crédito hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, en este caso, ontológicamente persona física, y en los que se hipoteca dicha vivienda habitual, es decir, no son aplicables a préstamos o créditos hipotecarios con otra finalidad, aunque lo sean con fines de consumo, el deudor tenga la condición de consumidor y la finca hipoteca constituyera su domicilio habitual, y en tales casos el registrador solo podrá rechazar su inscripción si existiere una resolución judicial firme, como por ejemplo el 19% de la STS de 23 de diciembre de 2015, que ya hubiere declarado la abusividad de una cifra concreta de intereses moratorios en el ámbito de los préstamos hipotecarios con consumidores. Como ya se resolvió en las resoluciones de 25 de septiembre y 8 y 9 de octubre de 2015, entre otras, sí sería aplicable, en la medida que en el momento de su otorgamiento (10 de septiembre de 2015) no se había presentado recurso ante el TC y que no parecen incompatibles en este extremo, la citada norma autonómica catalana. Pues bien, esta norma catalana sí es vulnerada ya que el límite legal en la fecha de otorgamiento de la escritura de los intereses moratorios era del tipo el 10,50% durante toda la vida del préstamo, mientras que el estipulado es el resultado de adicionar 6 puntos porcentuales a los intereses ordinarios vigentes en el momento del devengo, el cual podría ser superior al máximo legal en algún momento de la vida del préstamo hipotecario. En consecuencia, el registrador debe, en este caso, rechazar la inscripción de la cláusula discutida en cuanto contraría a una norma prohibitiva; y eso es lo que efectivamente ha hecho la registradora, por lo que el defecto debe ser confirmado al encontrarse bien fundamentada la nota de calificación y haber actuado el registrador dentro del marco de extensión de sus facultades calificadoras.

Responsabilidad hipotecaria por intereses moratorios. En cuanto a la segunda parte del primer defecto, debe señalarse que enlazada con la citada estipulación relativa al devengo de los intereses moratorios se encuentra la cláusula de constitución de hipotecada y más concretamente la responsabilidad hipotecaria que garantiza el concepto de los intereses moratorios, en la que se fija un tipo máximo del 15,00% a efectos hipotecarios, cuando a efectos de obligaciones y de confor-

midad con lo expuesto en el fundamento de Derecho anterior, el límite máximo posible sería del 10,50% durante toda la duración del contrato por aplicación del Código de consumo de Cataluña. Pues bien, también en esto debe confirmarse el criterio de la registradora porque, como tiene reiterado esta Dirección General (*vid.*, resoluciones de 5 de noviembre de 1999, 9 de enero de 2002, 25 de abril de 2002, 2, 4 y 14 de septiembre de 2002 y 26 de noviembre de 2013), el carácter accesorio de la hipoteca respecto del crédito garantizado (*vid.*, 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 (*cf.*, arts. 9 y 12 de la LH).

Los deberes de información notarial del Código de consumo de Cataluña. En cuanto al segundo defecto, el incumplimiento por parte del Notario autorizante de lo dispuesto en el artículo 123.10, número 2, del Código de consumo de Cataluña. A este respecto ya ha tenido esta Dirección General ocasión de manifestarse en resoluciones como las de 13 de septiembre de 2013, 5 de febrero de 2014 o 22 de enero de 2015, 28 de abril de 2015 y 25 de septiembre de 2015, en el sentido que el registrador de la propiedad en el ejercicio de su función calificadora, especialmente en presencia de préstamos o créditos hipotecarios concedidos a personas físicas y garantizados con viviendas, «deberá también rechazar la inscripción de las escrituras de hipotecas respecto de las que no se acredite el cumplimiento de los requisitos de información y transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y la forma —normal o reforzada— que, en cada caso, el legislador haya elegido para asegurarse del conocimiento por parte de los usuarios de los productos bancarios, del riesgo financiero que comporta el contrato en general o alguna de las singulares cláusulas financieras o de vencimiento anticipado que lo componen —Orden EHA 2.899/2011, artículo 6 de la Ley 1/2013, etc.—». Pues bien, estos mismos criterios han de aplicarse al artículo 123-10, número 2, del Código de consumo de Cataluña, que, además, no ha sido objeto del recurso de inconstitucionalidad antes citado.

Las cláusulas de vencimiento anticipado. Las concretas causas de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario cuya denegación ha sido mantenida por la registradora de la propiedad se pueden clasificar, siguiendo el esquema de la nota de calificación, en los siguientes grupos: Un primer grupo está formado por aquellas causas que, según la nota de denegación, asocian el vencimiento anticipado a la eventual insolvencia del prestatario. En cuanto al supuesto letra b), falsedad u ocultación de datos que hayan resultado esenciales para la concesión del préstamo, para considerar inscribible esta causa de vencimiento anticipado es preciso que sea objetiva de alguna forma cuáles han sido los datos que han determinado la concesión del préstamo, de tal manera que ese vencimiento no quede a la libre apreciación del acreedor con vulneración del artículo 1.256 del Código Civil. Respecto del supuesto letra g), no cancelación de las cargas registrales que gravan la finca hipoteca y que se estableció como condición esencial de la concesión del crédito, sin embargo debe ser revocada la calificación porque, frente a lo que se afirma en la nota de despacho, sí responde a una justa causa cual es la suficiencia de la garantía hipotecaria, sí se prevé expresamente la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías complementarias o sustitutivas de la hipoteca en cumplimiento del artículo 1.129.3 del Código Civil y, además, se excluye el vencimiento cuando la ausencia de la cancelación sea imputable al banco o a sus empleados. Y, en relación con el supuesto letra h), existencia de cargas registrales que gravan la finca hipotecada distintas de la que conste en la previa información registral, debe ratificarse la nota de calificación porque en

la misma, ni se permite al prestatario complementar o sustituir la garantía ni se excluye el supuesto de ser imputable la causa de la desinformación al acreedor, a quien, por otra parte, le incumbe la diligencia en la obtención y comprobación de la situación registral de las fincas. Un segundo grupo de causas se refiere a aquellas que asocian el vencimiento anticipado al incumplimiento de obligaciones accesorias. Ambos defectos deben ser revocados, el recogido en la letra i) por cuanto al pactarse que el vencimiento operara en la misma forma que en la causa letra d), con la que guarda identidad de razón (ruina, derribo o deterioro de la finca hipotecada), las mismas razones que han llevado a la registradora a la estimación del recurso en cuanto a la misma, son aplicables en el presente caso: justa causa por suponer un deterioro de la garantía, cuantificación del mismo por técnico independiente y derecho del cliente a ofrecer nuevas garantías. El recogido en la letra j) porque las causas de resolución legales no pueden considerarse *per se* accesorias, antes al contrario, la normativa aplicable en cada caso las considera de suficiente entidad para generar tal efecto, ya por vincularlas al incumplimiento de la obligación principal ya por hacerlo respecto de la pérdida o deterioro de la cosa objeto del respectivo contrato, y su determinación resulta del propio reflejo en la norma que se invoque. Por último, respecto de la última causa de vencimiento anticipado denegada, la letra f), referida a «si por causa no imputable a la Entidad o a sus empleados, fuese suspendida o denegada la inscripción de esta escritura en el Registro de la Propiedad y, por tanto, no quedase válidamente constituida la hipoteca en la forma indicada, por existir un asiento contradictorio o por limitación o condición que obste a la plena eficacia de la garantía ofrecida», debe confirmarse su denegación ya que, aunque el vencimiento no opera en caso de negligencia de la entidad de crédito o de sus empleados, no se excluyen todos los supuestos en que la falta de inscripción se puede producir por causa ajena al prestatario (*cfr.*, STS de 16 de diciembre de 2009), ya que es a la entidad acreedora a quien incumbe asegurarse de que jurídicamente esa inscripción es posible, y, por otra parte, tampoco se concede al deudor la posibilidad de sustituir la garantía en caso de tal imposibilidad. Además, como señala la registradora con base en la RDGRN de 8 de junio de 2011, se trata de una causa de vencimiento tendente a operar en caso de ausencia de inscripción de la hipoteca, ya que una vez practicada esta, resulta una cláusula superflua y carente de todo efecto jurídico.

Resolución de 9-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Álora

PARTICIÓN DE HERENCIA: CAUSA DE LAS TRANSMISIONES.

Es evidente que los herederos mayores de edad pueden verificar la partición del modo que tengan por conveniente (*cfr.*, art. 1058 del Código Civil), y que en principio no se advierte obstáculo para que los otorgantes, mayores de edad, puedan transmitir se recíprocamente bienes por cualquier título adecuado (*cfr.*, arts. 609, 618 y sigs. y 1261 a 1263 del Código Civil). Pero no lo es menos, que el mero negocio particional no puede justificar cualquier transmisión patrimonial, si no queda suficientemente causalizada y sin perjuicio de que pueda implicar la existencia de excesos o defectos de adjudicación, declarados o comprobados.

Resolución de 14-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Almoradí

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

Constituye un principio básico en nuestro derecho hipotecario 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 (*cf.*, 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 de 2015 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.

Resolución de 14-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Quintanar de la Orden

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO.

En el presente caso los interesados, que no son titulares registrales de la finca, solicitan la incorporación de la referencia catastral, en cuyo caso y en base a todo lo expuesto, la petición ahora solicitada, en cuanto supondría la rectificación de una pretendida inexactitud registral, cual es la incorporación de esa nueva referencia catastral de la finca agrupada, ha de denegarse pues ni consta el consentimiento de dicho titular registral, ni aparece que el procedimiento en el que recayó la sentencia cuya inscripción se solicita, se haya entablado directamente contra él. Lo mismo ocurre para rectificar (superficie, linderos) la descripción registral de una finca en comunidad, es necesario el consentimiento de todos los condueños (resolución de 13 de octubre de 2009). Este criterio también viene recogido en el artículo 53.5 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que actualmente está derogado por la Ley 13/2015, de 24 de junio, pero vigente en el momento de presentación de la solicitud en el Registro de la propiedad.

Resolución de 15-3-2016
(BOE 06-04-2016)
Registro de la propiedad de El Vendrell

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL: RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO. ACTOS INSCRIBIBLES: ACTOS SIN TRASCENDENCIA REAL.

Toda la doctrina elaborada a través de los preceptos de la Ley y del 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 (*cf.*, 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 de 2015, 27 de marzo de 2015 y 15 de septiembre 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. En el presente expediente, el recurrente afirma que se ha producido un error de concepto. Pero resulta evidente, de acuerdo con lo expuesto, que el recurso no puede prosperar, pues como ha quedado expuesto para rectificar el error de concepto es requisito imprescindible el consentimiento unánime de todos los interesados y del registrador, consentimiento que en este caso no concurre, o, en su defecto, resolución judicial, que tampoco se ha producido.

Pretender que se haga constar una obligación que afecta a los herederos en la práctica de una futura división horizontal y adjudicación de las entidades resultantes de la misma nos es posible, conforme al artículo 9 del RH determina que no son inscribibles la obligación de constituir el dominio o derecho real sobre cualquier inmueble o la de celebrar en el futuro contratos ni cualesquiera otras obligaciones o derechos personales sin perjuicio de que se inscriba en cada uno de estos casos la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento.

Resolución de 15-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Coentaina

DOMINIO PÚBLICO: PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL REGISTRO.

Si bien es cierto que la solicitud emitida por parte del Registro de la propiedad al organismo de montes competente no se extendía a tal extremo, al limitarse al objeto de lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Montes, también lo es que dicha certificación expresa que la finca ocupa parte del trazado de la vía pecuaria, y por tanto, ocupa terreno de dominio público. Y es obligación del registrador de la propiedad, en ejercicio de su función calificadora, tratar de impedir el acceso al Registro de la propiedad de inmatriculaciones o excesos de cabida que puedan invadir el dominio público. Es evidente que cuando la Administración Pública haya cumplido debidamente el mandato legal de inmatricular o inscribir sus bienes de dominio público en el Registro de la propiedad, estos gozarán de la máxima protección posible, pues la calificación registral tratará por todos los medios a su alcance de impedir en lo sucesivo ulteriores dobles inmatriculaciones, ni siquiera parciales, que pudieran invadir el dominio público ya inscrito. Pero la protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Y avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la LH, al dar nueva redacción a diversos artículos de la LH, 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. Consecuentemente con todo ello, la propia Ley 13/2015, además, trata de proporcionar a los registradores los medios técnicos auxiliares que les permitan conocer la ubicación y delimitación del dominio público, incluso no inmatriculado.

Resolución de 16-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Valencia, número 13

PARTICIÓN DE HERENCIA: LA REALIZADA POR LOS HEREDEROS NO NECESITA APROBACIÓN JUDICIAL.

Concurriendo todos los herederos, así como la sometida a curatela junto con la curadora, que completa su capacidad, según se deduce de los artículos 289, 290 y 293 de Código Civil no se precisa aprobación judicial para la partición de la herencia, lo que igualmente resultaba de la anterior redacción del artículo 1060 del Código Civil. A mayor abundamiento, aunque el otorgamiento de la escritura es anterior a la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria que da nueva redacción al artículo 1060 del Código Civil, del mismo resulta que cuando la persona con capacidad modificada judicialmente esté legalmente representada en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial. Tampoco se precisa el nombramiento de un defensor judicial, por cuanto la curadora no tiene un interés personal en la herencia de doña M. P. G., lo cual no queda desvirtuado por el hecho de que haya sido designada también contadora-partidora, pues además, en el presente expediente, como se ha dicho, la partición ha sido aceptada por todos los herederos.

Resolución de 16-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Granada, número 5

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE HIPOTECA EN FASE DE LIQUIDACIÓN.

Siguiendo el criterio marcado, entre otras, por las resoluciones de 5 de septiembre, 13 de octubre de 2014 y 22 de septiembre de 2015, cabe recordar que, como se expresa en la STS de 23 de julio de 2013 «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 LC». Habida cuenta de las especiales consecuencias que tiene la aprobación del plan de liquidación en relación con el pago de los créditos que gozan de privilegio especial, conforme a los artículos 148 y 155 de la Ley Concursal, y teniendo en cuenta el ámbito de calificación del registrador conforme al artículo 132 de la LH a la hora de cancelar la hipoteca —aplicable también en el ámbito de la liquidación concursal—, esta Dirección General ha entendido que

debe constar expresamente en el mandamiento que se ha dado conocimiento a los acreedores hipotecarios no solo del plan de liquidación sino también de las medidas tomadas con relación a la satisfacción del crédito con privilegio especial. Como han reiterado las recientes resoluciones de 6 y 8 de julio de 2015, ese requisito de la previa audiencia de los acreedores afectados supone una generalización a la fase de liquidación de lo previsto por la Ley Concursal para un caso particular: el del levantamiento y la cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 55.3 de la Ley Concursal). A esa generalización ha procedido esta Dirección General, que, en reiteradas ocasiones (*vid.*, entre otras, las resoluciones de 18 de noviembre de 2013 y 1 de abril de 2014, 5 de septiembre de 2014 y 13 de octubre de 2014), exige la notificación al acreedor hipotecario. En el presente caso, consta en los documentos calificados que el acreedor con privilegio especial se ha personado e intervenido activamente, que ha tenido conocimiento de las medidas tomadas en relación con la satisfacción del crédito con privilegio especial y que ha recibido determinada cantidad en tal concepto. Por ello no puede confirmarse la calificación impugnada.

Resolución de 16-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Archena

DIVISIÓN DE FINCA EN CONDOMINIO CON CUOTA GRAVADA: PRINCIPIO DE SUBROGACIÓN REAL.

Como expresaron las resoluciones de 20 de febrero de 2012 y 20 de enero de 2015, «nuestro TS tiene declarado, conformando una asentada doctrina legal, que la comunidad ordinaria o romana regulada en nuestro Código Civil en sus artículos 392 y siguientes es considerada, desde el derecho romano, como una situación transitoria y a la que el ordenamiento contempla con disfavor dada su inestabilidad y alta conflictividad. La sentencia del Alto Tribunal de 28 de enero de 2011 (con cita de otras muchas) afirma así que la acción de división reconocida en el artículo 400 a cada uno de los copropietarios es una facultad del derecho de propiedad y se caracteriza por su imperatividad. Esta Dirección General «ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal y así tiene declarado que, dado que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la LH cuando la carga afecta a toda la finca (resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario, cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada por así disponerlo el artículo 399 del Código Civil. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota».

Resolución de 17-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 10

PROCEDIMIENTO DECLARATIVO: REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, cuando el que pretende la inscripción no ha adquirido directamente del titular registral sino que hay dos o más transmisiones intermedias que no han accedido al Registro, deben adoptarse las debidas precauciones si se desea obtener la reanudación del tracto por cualquier medio distinto de la aportación de todos y cada uno de esos títulos intermedios. Sobre la posibilidad de acudir a un juicio declarativo para obtener la reanudación del tracto en estos casos, esta Dirección General, ya desde resoluciones como la de 7 de abril de 2003, ha venido declarando que la cuestión no es fácil. Aunque la demanda se haya dirigido contra el titular registral, la sentencia dictada en procedimiento declarativo solo valdría para reanudar el tracto en el supuesto en que aparecieran como demandados los titulares registrales, quienes de ellos adquirieron y todos los titulares intermedios hasta enlazar con la titularidad del demandante.

En relación con el segundo de los defectos, la no constancia en el fallo del título de adquisición de doña A. M. M., si bien debe manifestarse la inexistencia de tal pronunciamiento en el fallo de la sentencia, no puede limitarse el estudio de este expediente a tal afirmación. El defecto no puede ser mantenido al haberse indicado con claridad suficiente a lo largo del cuerpo de la sentencia el título formal y material de adquisición de la demandante (art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y SSTs de 5 de noviembre de 1992, 6 de mayo de 2009 y 11 de febrero de 2010).

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los errores materiales, que con meridiana claridad resultan del propio documento y sin afectar al propio negocio jurídico objeto de inscripción, pueden ser integrados por el propio registrador a la hora de practicar los oportunos asientos registrales (por todas, resolución de 19 de octubre de 2006). De esta manera procede concluir la evidencia que la sentencia objeto de estudio resuelve, como se indica en numerosas ocasiones en el cuerpo de la misma, una acción declarativa de dominio y no una elevación a público de un documento privado como resulta de su encabezamiento, debiendo ser considerada como tal por la funcionaria calificadora.

Resolución de 17-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 17

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Como cuestión previa es necesario recordar que constituye reiterada doctrina de este Centro Directivo que en los recursos solo cabe tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, toda vez que el artículo 326 de la LH limita el recurso exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

La doctrina de este Centro Directivo que impone que en los casos de herencias yacentes, toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente (resoluciones de 27 de mayo de 2013 y 12 de julio de 2013, 8 de mayo de 2014 y 5 de marzo de 2015). Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial no debe convertirse en una exigencia formal excesivamente gravosa y debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el Juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. Solo si no se conociera el testamento del causante ni hubiera parientes con derechos a la sucesión por ministerio de la ley, y la demanda fuera genérica a los posibles herederos del titular registral sería pertinente la designación de un administrador judicial.

Resolución de 18-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Sant Mateu

DERECHO DE OPCIÓN: PLAZO.

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se constituye un derecho de superficie por un periodo de treinta y cinco años, prorrogable hasta noventa y nueve años, y se concede al superficiario un derecho de opción de compra que podrá ejercitar en cualquier momento dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie constituido. La cuestión planteada en el presente caso debe resolverse conforme a la doctrina de esta Dirección General expresada en la resolución de 14 de febrero de 2013, que empieza poniendo de relieve que, al carecer de regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico, el contrato, el pacto y el derecho de opción han merecido una prolija atención por parte de nuestro TS, que ha señalado, por aquella razón, que su contenido se rige esencialmente por el principio de autonomía de la voluntad sin otros límites que los propios de esta (sentencias de 14 de marzo de 1991 y 21 de marzo de 1998, entre otras muchas). En el caso del derecho de opción, este Centro Directivo puso de relieve ya en la resolución de 30 de septiembre de 1987 que la necesaria limitación de su dimensión temporal viene impuesta por las exigencias estructurales en la configuración de los derechos reales (libre circulación de bienes, exigencia de justificación racional en la creación de gravámenes, no amortización ni infundado entorpecimiento de las posibilidades económicas de aquellos, etc.), puestas en conexión con la finalidad a que atiende el derecho de opción.

Como el propio TS ha manifestado reiteradamente en relación con la cuestión del plazo de tal derecho, el artículo 14 del RH es de plena aplicación a aquellos derechos de opción que deseen acceder al Registro (sentencias de 14 de marzo de 1991, 18 de mayo de 1993 y 29 de mayo de 1996). Podrá decirse que el artículo 14 impide la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita (como el derecho de superficie), siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales configurada

al amparo de los principios de libertad civil y «*numerus apertus*» en materia de derechos reales.

Resolución de 21-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Lepe

IDENTIFICACIÓN DE LOS OTORGANTES DEL TÍTULO: ERRORES EN EL NIE.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (*cfr.*, por todas, las resoluciones de 2 de octubre de 2003, 26 de marzo de 2004, 5 de junio de 2007, 18 de octubre de 2010 y 17 de agosto de 2011), en nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 de la Ley del Notariado). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincida con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (*cfr.*, arts. 9.4.a y 18 de la LH, y 51.9.a del RH). En el caso al que se refiere la calificación impugnada, es evidente que del documento de identidad cuyo testimonio se acompaña a la escritura calificada se desprenden los datos necesarios para salvar la discrepancia a la que se refiere el registrador, pues, a la vista del NIE, basta realizar el cálculo del dígito de control del mismo (conforme a la web oficial del Ministerio del Interior, <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/dni/calculo-del-digito-de-control-del-nif-nie>) para comprobar que se produjo el error en el título previo, en el asiento registral practicado o en ambos, y que no cabe duda alguna sobre la identificación de la vendedora.

Resolución de 21-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro de la propiedad de Sant Mateu

HERENCIA: TÍTULO SUCESORIO EN EL DERECHO HOLANDÉS.

Ha de empezar por señalarse que se está ante un supuesto previo a la aplicación del Reglamento (UE) número 650/2012, dado que la fecha de fallecimiento del causante es anterior al 17 de agosto de 2015. Concretamente la sucesión que causa este expediente se produjo con fecha 6 de julio de 2014. El certificado sucesorio notarial holandés es título sucesorio conforme al Derecho holandés, según se recoge en los artículos 187 y 188 de la Sección 4.6 sobre Consecuencias de la Sucesión del Libro 4 referido al Derecho de sucesiones del Código Civil holandés. En cuanto a la necesidad de aportar el certificado de defunción y del Registro de Actos de última Voluntad de Holanda, documentos exigibles para su calificación registral, conforme al artículo 76 del RH, en el caso del certificado holandés por aplicación del principio de adaptación, esa aportación sería necesaria en los supuestos en que no resultaren del propio certificado notarial sucesorio holandés (art. 78 del RH), que en el presente caso se entiende cumplido. Efectivamente, en el certificado sucesorio expedido por el notario de Raalte (Países Bajos) se dice

expresamente que «tras haber visto los documentos pertinentes» certifica que la causante falleció el 6 de julio de 2014 en Jouy aix Arches (Francia) y se hace relación de la declaración del Registro Central de últimas Voluntades en La Haya (Países Bajos) del que resulta haber otorgado testamento el 7 de marzo de 1996 ante el notario don A. J. M. Terhost, notario de Raalte, nombrando herederos a su cónyuge e hijos, quienes quedan perfectamente identificados, por lo que el defecto debe ser revocado.

Resolución de 21-3-2016

(BOE 6-4-2016)

Registro de la propiedad de Tamarite de Litera

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ha sido definido el exceso de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación a su naturaleza y alcance, y en base a los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro. Como se ha señalado en la resolución de 17 de octubre de 2014, siguiendo esta doctrina consolidada: «a) 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 la 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 descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados; b) que fuera de esta hipótesis, la pretensión de modificar la cabida que según el Registro corresponde a determinada finca, no encubre sino el intento de aplicar el folio de esa última a una nueva realidad física que englobaría la originaria finca registral y una superficie colindante adicional, y para conseguir tal resultado el cauce apropiado será la previa inmatriculación de esa superficie colindante y su posterior agrupación a la finca registral preexistente». La existencia de dudas que pudiera albergar el registrador de encontrarnos en cualquier otro caso —inmatriculaciones de parcelas colindantes o encubrimiento de otras operaciones como agrupaciones o agregaciones— pueden (y deben) generar una calificación negativa a la inscripción del exceso —o defecto— de cabida declarado.

Resolución de 28-3-2016

(BOE 13-4-2016)

Registro de la propiedad de Barcelona, número 6

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN. RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Con los parámetros estrictos de la calificación no puede más que confirmarse la nota impuesta, porque efectivamente la finca figura inscrita a nombre de entidad distinta del causante, por lo que en puridad del principio de tracto sucesivo solo cabe señalar el defecto. También se debe confirmar el

defecto señalado respecto de que no se ha producido en la escritura entrega del derecho de uso y habitación, pues aunque se menciona la existencia del mismo en el expositivo de la escritura, nada se dispone en el otorgamiento respecto de su entrega o constitución. Pero no se puede confirmar una argumentación de la nota, en la que se señala que no se ha hecho legado en el testamento sino que se ha limitado a declarar la existencia de un derecho de uso y habitación que no consta inscrito, porque ciertamente, en el testamento hay una orden o manda del testador de que la finca forme parte del patrimonio de la Fundación, de que sea su domicilio fundacional y de que se respete el derecho de uso y habitación a favor de doña M. C. A. C., y esta manda debe cumplirse.

Como afirma la resolución de 27 de marzo de 2015: «Como ha reiterado esta Dirección General en innumerables ocasiones (por todas, resoluciones de 14 de noviembre de 2014 y 19 de enero de 2015, doctrina basada en el contenido de los artículos 324 y 326 de la LH y en la doctrina de nuestro TS, sentencia de 22 de mayo de 2000), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad y Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa 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 ya inscrito, ni de la procedencia o no de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales. Conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados y que, hayan sido o no extendidos con acierto, quedan desde entonces bajo la salvaguardia de los tribunales y, por tanto, no puede ser modificados en tanto no medie acuerdo de los interesados o resolución judicial que así lo establezca [cfr., arts. 1, párrafo tercero, y 40.d) de la LH]».

Resolución de 28-3-2016

(BOE 13-4-2016)

Registro de la propiedad de Toledo, número 3

HERENCIA: ENTREGA DE LEGADO.

Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, los causantes, sin perjuicio de los legados ordenados, instituyeron herederas a sus tres hijas por partes iguales y no han designado albaceas contadores-partidores facultados para hacer la entrega. La coincidencia de ambas circunstancias (existencia de legitimarios e institución de herederos) pone de relieve la inaplicabilidad al presente caso de lo dispuesto por el artículo 81.d) del RH, al que parece acogerse la recurrente. Tampoco puede aplicarse lo dispuesto en el apartado a) del artículo 81 del RH, pues en el presente caso, entre otras razones, existen legitimarios; ni lo dispuesto en el apartado b), pues, entre otras razones, no estamos ante una escritura de partición de herencia formalizada por el contador partidor. Consecuentemente será necesario en el presente caso escritura formalizada por todas las herederas-legitimarias.

No es óbice para ello la constancia, a favor de la legataria, de la titularidad de los bienes en el Catastro ya que ambas instituciones, Catastro y Registro, tienen sus propias normas reguladoras.

Resolución de 30-3-2016

(BOE 13-4-2016)

Registro de la propiedad de Madrid, número 3

URBANISMO: DERECHO DE REVERSIÓN DERIVADO DE UNA EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA. NATURALEZA Y EXTENSIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN.

La expropiación forzosa es una limitación del dominio, y, como dice la doctrina más autorizada, la causa de la misma es la utilidad pública o el interés social. Dicha causa afecta al objeto expropiado (*cf.*, art. 9 de la Ley de Expropiación Forzosa) e incide continuamente sobre dicho bien, por lo que la persona expropiada tiene el derecho de resolver la expropiación que ha llegado a ser infructuosa. En concreto, este derecho a resolver la expropiación, o derecho de reversión según la denominación acogida por la ley, surge en los casos de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como en aquellos casos en que hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados, o desapareciese la afectación, y opera en favor del primitivo dueño o sus causahabientes, que son quienes podrán recobrar en su virtud la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado (*cf.*, art. 54.1 de la Ley de Expropiación Forzosa). Siendo el derecho de reversión una garantía de configuración legal ordinaria, no formando parte del conjunto de garantías que establece el artículo 33 de la Constitución —*vid.*, STC número 67/88—, es posible que ciertas expropiaciones, en su regulación sectorial, lo modulen o excluyan mediante norma con rango de Ley. Este es el caso de las expropiaciones urbanísticas. En el ámbito urbanístico, el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo, recogiendo sustancialmente, con matices, el régimen de la Ley 6/1998, distingue entre los supuestos en que se produce la alteración del uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística y aquellos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización. La inteligencia del precepto que alude dos veces a la expropiación para ejecución de una actuación de urbanización, una como excepción y otra como regla positiva, debe plantearse a la luz del principio general de procedencia de la reversión —artículo 47.1, párrafo primero, *in fine*—, por lo que se excluye la reversión en caso de alteración, en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística, del uso que motivó la expropiación, del uso que hubiera producido para la ejecución de una actuación de urbanización y solo en este caso, que hayan transcurrido al menos diez años y las obras hayan concluido; por el contrario, si se expropia por una actuación de urbanización y no se concluye en diez años desde la expropiación, existe derecho de reversión —*vid.*, no obstante, la STS de 31 de enero de 2006 y la STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2014.

Respecto a la posición jurídica y discutido derecho de reversión del propietario no adherido a la junta de compensación. El artículo 138 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, por su parte, se refiere también a este singular expediente expropiatorio del propietario no adherido a la junta de compensación, como un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo, no ya como sistema propio, sino en el seno de otro sistema de ejecución del planeamiento. De lo expuesto no cabe concluir otra cosa que el expediente

expropiatorio seguido contra el propietario no adherido voluntariamente a la junta de compensación, se configura como un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo en el seno del sistema de compensación, donde la eventual opción de incorporación no obsta a su carácter forzoso, consecuencia de la afección de todo el suelo del ámbito al cumplimiento de los deberes inherentes al sistema, diferenciándose nítidamente tal particular incidente expropiatorio de los distintos negocios jurídicos, plenamente voluntarios y con propia causa en cuya virtud el propietario afectado por la actuación pudiera transmitir su dominio a otra persona jurídica como es la junta de compensación, negocios que serían previos y completamente ajenos al procedimiento expropiatorio y con plenos efectos civiles. La concurrencia de un propio supuesto de expropiación urbanística, conlleva indefectiblemente, la aplicación de las garantías legales previstas en favor del propietario, en la legislación de expropiación forzosa en general y en la urbanística en particular; entre ellas, el eventual derecho de reversión, siquiera expectante, y su constancia registral prevista en el citado artículo 54 de la Ley de Expropiación forzosa, plenamente aplicable a las de carácter urbanístico.

Modo de cancelar la mención registral del derecho de reversión expectante o reconocido. La resolución de 26 de octubre de 2015, después de recordar que es regla general que para la cancelación de un asiento registral se presupone bien el consentimiento del titular del derecho reflejado en dicho asiento, bien la pertinente resolución judicial supletoria (*cf.*, arts. 1, 40 y 82 de la LH), reconoce que, no es menos cierto que dicha regla tiene importantes excepciones y una de ellas es cuando el derecho inscrito se haya extinguido por imperativo del propio título inscrito, o por disposición directa de la ley (art. 82 de la LH). Ni la Ley de Expropiación Forzosa ni su Reglamento dicen nada respecto de la existencia de un plazo de prescripción o de caducidad del derecho de reversión, más la jurisprudencia viene entendiendo que no es correcta la aplicación del plazo de prescripción genérico de las acciones personales. Y no se diga que con el sistema vigente la facultad de revertir queda a la omnímoda libertad de los expropiados o sus causahabientes, con la consiguiente indefinición con respecto a la titularidad y destino del bien sujeto a retrocesión, pues está en manos de la Administración poner fin a tal estado de cosas mediante la notificación directa a aquellos de la inejecución de la obra, para así emplazarlos a que insten la reversión en el plazo de un mes, hoy tres meses, después del cual sin ejercitar su derecho este habrá decaído y no podrá ya ejercitarse (sentencias de 2 de noviembre de 1976, 8 de mayo de 1987, 21 de marzo de 1991, 3 de febrero de 1992, 7 de octubre de 1994, 5 de julio de 1995, 18 de abril de 1997 y 10 de mayo de 1999). A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta, cabe confirmar la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual podrá acreditarse por la propia certificación administrativa.

Otros modos de cancelación del derecho de reversión. En primer lugar, cabe plantearse si es posible la renuncia o, en términos generales, la extinción voluntaria del derecho de reversión, como título hábil que justifique la cancelación registral. La jurisprudencia ha sido claramente favorable a la renuncia. Ello no obstante, también ha declarado el TS, respecto de la renuncia anticipada al derecho de reversión, que si tal renuncia, efectuada al momento de convenir

el precio de aquellos, desnaturaliza el instituto expropiatorio convirtiéndolo en una transmisión voluntaria, a título oneroso, de la propiedad, equivalente a una compraventa, de manera que la Administración adquirente dejaría de estar vinculada por el fin que legitimó la incoación del expediente expropiatorio. Lo que no debe plantear problema alguno es la renuncia al derecho ya reconocido —artículo 1.112 del Código Civil— teniendo en cuenta su posible extinción por falta de ejercicio en plazo o del pago —*cfr.*, artículos 54 y 55 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Sin perjuicio de poder acudir a la regla general del artículo 210 de la LH, respecto a la aplicación de la regla octava, que permite cancelar directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento; debe estimarse procedente su aplicación. Sin embargo, como ya se ha señalado, la jurisprudencia viene reiterando que en los supuestos de reversión basados en la inejecución de la obra o la implantación del servicio, supuesto que podemos equiparar al de inejecución de la urbanización, en los no haya mediado notificación alguna por parte de la Administración al expropiado, el artículo 54.3.b) de la Ley de Expropiación Forzosa establece un plazo mínimo de cinco años, diez años para la urbanística, para poder ejercer la acción pero, a diferencia de otros supuestos de reversión, no establece un plazo máximo para su ejercicio, estableciéndose, a diferencia de los otros supuestos de reversión, únicamente el término inicial para el ejercicio del derecho y no un término final. Para el concreto supuesto de derecho de reversión procedente de una expropiación en un sistema de actuación urbanística por compensación, por lo expuesto, al no poder invocar la existencia de un término final de ejercicio, no resultaría de aplicación, al caso particular de ejecución de urbanización, la norma de cancelación de la citada regla octava. Sin embargo, sí puede estimarse procedente la cancelación —*vid.*, también el artículo 82.2 de la LH—, del derecho de reversión derivado de esta singular expropiación, una vez transcurridos cinco años contados desde la fecha de recepción de las obras de urbanización por la Administración, según se acredite mediante certificación administrativa del acta, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento.

Igualdad de razón existe en la aplicación de un término final que permita considerar no ejercitado el derecho, que en la invocación del hecho acreditado que impide el nacimiento de la acción de reversión, y del propio derecho con plena virtualidad, esto es, su término inicial de ejercicio; en este sentido, debe recordarse que, conforme al artículo 18.6 de la Ley del Suelo, los deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización, recepción que deberá ser a estos efectos cancelatorios, definitiva, total y expresa, o tácita, que resulte oportunamente acreditada —*cfr.*, artículo 135 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.

Resolución de 31-3-2016

(BOE 13-4-2016)

Registro de la propiedad de Vélez-Málaga, número 2

TUTELA: NECESIDAD DE SUBASTA PARA ENAJENAR BIENES DEL TUTELADO.

El presente expediente se refiere exclusivamente a la cuestión relativa a la exigibilidad o no de pública subasta para la enajenación de bienes inmuebles de una persona sujeta a tutela. La Ley de Jurisdicción Voluntaria en su artículo 65.2 dispone expresamente que la autorización para la venta de bienes o derechos se concederá bajo la condición de efectuarse en pública subasta previo dictamen pericial de valoración de los mismos, salvo que se hubiera instado la autorización por venta directa o por persona o entidad especializada, sin necesidad de subasta y que el juez así lo autorice. Antes de la aplicación de la Ley 15/2015, podría ser posible apartarse de esa exigencia de la pública subasta tal como ha reconocido reiterada jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que se citan en los «Vistos». Pero era al propio juez, como se desprende con absoluta claridad de esa jurisprudencia, al que se atribuye esa competencia y no a los solicitantes de la autorización.

Resolución de 10-3-2016

(BOE 27-4-2016)

Registro de la propiedad de Valladolid, número 5

REGISTRADOR SUSTITUTO: NATURALEZA DE LA CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001. PODER: INTERPRETACIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: FORMA.

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 documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del Registrador sustituido ante la DGRN, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el Registrador sustituido con los que el Registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad (*cf.*, art. 19.bis, 5.a, de la LH).

De la interpretación del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de 2001, por el TS (sentencia de 23 de septiembre de 2011) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. Conforme a ese criterio, para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario deberá emitir con

carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo a la misma doctrina citada, el registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente 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, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza.

Es doctrina de este Centro Directivo que los poderes han de ser interpretados en un sentido estricto, sin extender la representación más allá de los actos previstos en ellos. Pero, como señala la sentencia de la Sala Primera del TS de 27 de enero de 2000, «la extralimitación o no, ha de determinarse atendiendo no de manera automática y sumisa a la literalidad del poder, sino principalmente a la intención y voluntad del otorgante en orden a la finalidad para la que lo dispuso y en relación a las circunstancias concurrentes (...)».

El orden de despacho de los diferentes documentos ha de seguir rigurosamente el orden cronológico de su presentación (salvo que sean compatibles entre sí). De ahí que sea correcta la actuación de la registradora que, tras calificar negativamente el título primeramente presentado, aplaza la calificación del presentado posteriormente por estar presentado anteriormente un título contradictorio. En ningún caso sería adecuada la actitud de un registrador que facilitare o adelantare el resultado de la calificación verbalmente o por teléfono. Precisamente además de los anteriores motivos, por ser decisiones susceptibles de recurso y ser de vital importancia la concreción y determinación de los plazos, es por lo que la calificación debe ser escrita, firmada por el registrador y recibida por el presentante de forma fehaciente. Lo anterior sin perjuicio de que para evitar desplazamientos pueda solicitarse por el interesado su remisión por correo certificado u otro medio que permita dejar constancia de su efectiva recepción, solicitud que deberá hacerse o bien al presentar la documentación o posteriormente, siempre que quede constancia de tal solicitud.

Resolución de 4-4-2016

(BOE 27-4-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 3

EXTINCIÓN DE COMUNIDAD: NATURALEZA Y ALCANCE.

La extinción de comunidad requiere como presupuesto básico que actúe sobre la totalidad del objeto a que la comunidad se refiere (*cfr.*, arts. 400 y sigs. del Código Civil). La extinción de la comunidad «*stricto sensu*» extingue la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su división. El pretendido negocio de «extinción parcial» de comunidad no aparece tipificado legalmente y no presenta ninguna semejanza que genere identidad de razón con el de extinción total, por lo que no puede pretenderse la aplicación analógica a aquella del régimen jurídico de esta. El negocio de atribución patrimonial relativo a una participación indivisa de un derecho real en el que aparece como transferente un comunero y como adquirente otro comunero mediante la correspondiente contraprestación deberá ser calificado en función de la naturaleza jurídica de su objeto y causa, y no de los sujetos. Pues bien, la extinción o disolución de la comunidad ordinaria en nuestro Derecho puede tener lugar bien por la división de la cosa común, bien por la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no) en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualquier título de adquisición, incluyendo la renuncia de los demás comuneros que dé lugar al acrecimiento de la porción del cotitular beneficiario (*cfr.*, resolución de 2 de febrero de 1960). Y en este sentido la extinción de la comunidad o es total o no es tal.

A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución. Centrados en el supuesto de este expediente, se mantiene el número de los comuneros pero se extingue la comunidad respecto de una de las dos fincas que la integran; la finca sobre la que se mantiene la comunidad es ciertamente indivisible; la diferencia de valor entre ambas fincas imposibilita la adjudicación de cada una de ellas a cada uno de los comuneros sin que se produzcan unas diferencias importantes entre las adjudicaciones; no hay compensación en metálico, por lo que se adjudica una mayor cuota de la finca que continúa en comunidad a favor del que cede su cuota en la otra finca. En consecuencia, las actuaciones han extinguido la comunidad sobre una de las fincas y están encaminadas a la extinción de la comunidad sobre la otra. Consecuentemente, puede entenderse que el negocio jurídico celebrado va encaminado a provocar la extinción de la comunidad.

Resolución de 4-4-2016

(BOE 27-4-2016)

Registro de la propiedad de Sabadell, número 6

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA UNA VEZ APROBADO EL CONVENIO.

Se debate en el presente recurso sobre la posibilidad de expedición de una certificación de titularidad y cargas dentro de un proceso de ejecución hipotecaria, certificación que debe expedirse de conformidad con el artículo 688 en relación con el apartado 1 del artículo 656, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo así que la deudora e hipotecante se encuentra en situación legal de concurso, pero habiéndose aprobado el convenio en virtud de sentencia. De la interpretación conjunta de los artículos 56 y 57 de la misma Ley Concursal debe entenderse que los bienes no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial no están sujetos a limitación en cuanto al inicio o continuación del proceso de ejecución, por cuanto la paralización de ejecuciones de garantías reales a que se refiere el artículo 56, se refiere únicamente a los bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, y, el artículo 57 dice literalmente «el ejercicio de acciones que se inicie o se reanude conforme a lo previsto en el artículo anterior durante la tramitación del concurso se someterá a la jurisdicción del juez de este, ...», es decir, referido exclusivamente a los bienes necesarios. La única restricción aplicable en estos supuestos sería la prevista en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley Concursal, cuando determina que «abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada».

Por ello resulta fundamental que quede claramente establecida la condición del bien en cuestión, en este caso la finca hipotecada, como necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial y la calificación del registrador debe extenderse a la exigencia de dicha circunstancia. Ahora bien, hay que analizar si el hecho de que conste aprobado el convenio de acreedores, como sucede en este supuesto de hecho, modifica lo anteriormente expuesto. 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. La aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte a los acreedores hipotecarios, también incide en la ejecución hipotecaria, pues se levanta la suspensión de ejecución sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial, como se deduce del artículo 56 de la Ley Concursal antes transcrito. Por lo tanto, el único impedimento para que el acreedor hipotecario pueda ejecutar separadamente su garantía, incluso cuando recaiga sobre bienes necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, es que del contenido del

convenio aprobado resulte afectado el ejercicio de este derecho, en cuyo caso el régimen de sus derechos dependerá de la solución negociada acordada, circunstancia que podrá ponerse de manifiesto ante el juez competente por el deudor o por cualquier interesado legítimo.

Resolución de 5-4-2016

(BOE 27-4-2016)

Registro de la propiedad de Ourense, número 3

DERECHO FORAL DE GALICIA: PACTO DE USUFRUCTO VOLUNTARIO DEL CÓNYUGE VIUDO.

A diferencia de lo previsto en otras legislaciones forales (arts. 283.1 del Código del Derecho Foral de Aragón; 442.3 del Código Civil de Cataluña, libro cuarto, o la ley 253 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra), el derecho civil gallego no contempla la posibilidad de un usufructo viudal universal. Sin embargo, el artículo 228 de la Ley de derecho civil de Galicia regula el denominado usufructo «voluntario» del cónyuge viudo. Se trata de una figura típica del acervo jurídico gallego —aunque no se contempló en la Compilación de 1963— y se configura como un instrumento destinado a conservar indiviso el patrimonio familiar, permitiendo una mayor protección del cónyuge viudo.

Se ha puesto de relieve, doctrinalmente, que en el Derecho gallego los pactos sucesorios ya no son solo los pactos de mejora y apartación sino también otros «admisibles conforme al derecho», sin que exista en aquel una prohibición expresa de otros pactos sucesorios distintos a los tipificados. Estos otros pactos sucesorios, admisibles conforme a Derecho, son aquellas modalidades de delación paccionada de la herencia admitidas de conformidad con el Derecho civil común y que suponen una excepción a la regla de la interdicción de estos pactos, así como aquellos otros negocios jurídicos *post mortem* que pueden asimilarse, al menos, en sus efectos, a los pactos sucesorios, como es el caso del seguro de vida para el caso de muerte del asegurado. Sin embargo, se añade que esta afirmación no implica la configuración del usufructo voluntario del cónyuge viudo como un pacto sucesorio, pues no solo no aparece mencionado en el artículo 209 sino que, además, es regulado en un capítulo aparte (Capítulo IV), nítidamente separado de los pactos sucesorios (Capítulo III). Por ello, consideran que lo anterior evidencia que existe una clara y deliberada voluntad del legislador de excluir el usufructo voluntario del cónyuge viudo como pacto sucesorio porque, frente a su inclusión como pacto sucesorio bajo el régimen de la Ley 4/1995, la nueva Ley 4/2006 ha optado por excluirlo. Para otros autores, del régimen legal vigente resulta un sistema de *numerus apertus* de pactos sucesorios, habida cuenta de la propia literalidad del precepto del artículo 209, de la inexistencia de norma prohibitiva —salvo respecto de la legítima, *ex* artículo 242— y de la inaplicabilidad del artículo 1271, párrafo segundo, del Código Civil, toda vez que según la tradición gallega la prohibición de la sucesión pactada no constituye la regla general (art. 1 de la Ley 2/2006).

En relación con la donación *mortis causa*, esta Dirección General en su resolución de 21 de enero de 1991, estableció que «... para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (sentencia de 19 de junio de 1956 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 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. Pero en el presente caso, para decidir si el negocio dispositivo de que se trata puede tener acceso al Registro de la propiedad, debe tenerse en cuenta que los contratantes no atribuyen al negocio el carácter donación *inter vivos post mortem* —inscribible en el Registro, según ha quedado expuesto— sino la naturaleza de pacto sucesorio. Por ello, no hay transmisión inmediata de un derecho (en un caso en que ambos otorgantes siguen siendo dueños plenos de los bienes gananciales de que se trata), sino la creación de una expectativa jurídica a favor del beneficiado. Y, precisamente porque lo califican como pacto sucesorio, es clara su voluntad de que (al margen de que pueda o no considerarse que el usufructo convencional del cónyuge viudo regulado en los artículos 228 y siguientes de la Ley 2/2006 constituya para el legislador un pacto sucesorio) las facultades dispositivas *inter vivos* del concedente no queden limitadas. Debe concluirse, por tanto, que, al producir sus efectos y, por ende, transmitir el derecho real sobre los bienes, a la muerte del donante, no puede acceder al Registro (así lo ha entendido este Centro Directivo en resolución de 6 de febrero de 2014 respecto del pacto sucesorio de mejora sin entrega de presente conforme a la legislación civil gallega, en la que «la titularidad y dominio solo es efectiva tras la muerte del mejorante y por lo tanto participa de la naturaleza de las donaciones *mortis causa*»).

Resolución de 5-4-2016
(BOE 27-4-2016)
Registro de la propiedad de Ribadavia

PARTICIÓN DE HERENCIA: ARTÍCULO 1056 CÓDIGO CIVIL LEGADOS: ENTREGA.

El artículo 1056 del Código Civil contempla dos supuestos distintos de partición según se haga en testamento o por acto «*inter vivos*». Pero en este último caso, la jurisprudencia ha determinado que la partición «*inter vivos*» ha exigido siempre la existencia de un testamento, y aunque la partición pueda formalizarse en un documento independiente, siempre precisará de la fuerza de un testamento —anterior o posterior a aquella— que a ella se refiera para confirmarla. En el supuesto de este expediente, aun produciéndose esto, esa partición en documento privado que se menciona en los testamentos, no cumple el principio de exigencia de título auténtico impuesto por el artículo 3 de la LH, lo que determina que dicha partición no tenga trascendencia a efectos registrales.

La partición hecha por el testador, propiamente dicha, es aquella en que el testador procede a adjudicar directamente los bienes a los herederos, y en buena lógica implicaría la realización de todas las operaciones particionales —inventario, liquidación, formación de lotes con la adjudicación de los mismos—, mientras que en las normas para la partición el testador, se concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. La diferencia entre ambos supuestos es muy importante. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador-partidor designado para hacerla, en el sentido de que

al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «*iure* hereditario» de los bienes adjudicados a cada heredero. Con independencia de la validez o nulidad de las cédulas o papeles privados otorgados por el testador, lo que excedería de las cuestiones que se debaten en este expediente, y teniendo en cuenta que han sido otorgados también por todos los hijos de los testadores, no teniendo constancia mediante documento auténtico de la partición a la que se refieren los testamentos, ni estando incorporada a los mismos, no cabe siquiera analizar si nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son unas normas de partición.

Los legatarios, aun teniendo derecho a la cosa legada desde la muerte del testador, no pueden por sí mismos posesionarse de ella, es decir, que aun teniendo la propiedad de la cosa legada, esto no les faculta para ocupar por su propia autoridad la cosa —salvo que les haya autorizado expresamente el testador para ello— sino que han de pedir su entrega y posesión al heredero o albacea cuando esté autorizado para darla, lo que constituye un requisito complementario para la efectividad del legado. Así pues, como ha dicho este Centro Directivo (resoluciones en «Vistos»), cabe afirmar que, tan solo sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el art. 81 del RH), posibilidad que no se da en el supuesto de hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo y sí existir legitimarios. Por ello, habida cuenta de la inexistencia de contador-partidor o albacea facultado para la entrega, es de aplicación lo previsto en el apartado c) del citado precepto reglamentario, de modo que no cabe la eventual toma de posesión por sí de algunos de los prelegatarios favorecidos en el testamento, dado que tal posibilidad tiene como presupuesto ineludible que el prelegatario sea, o haya devenido, único heredero.

Resolución de 6-4-2016

(BOE 27-4-2016)

Registro de la propiedad de Chinchilla de Monte-Aragón

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES. DESLINDE DE FINCAS: REQUISITOS.

Como ha señalado este Centro Directivo en su doctrina —ya consolidada— sobre la calificación de documentos judiciales, la misma nunca puede extenderse a la valoración del fondo de la resolución judicial cuya parte dispositiva se pretende que tenga acceso al Registro. La adecuación de los fundamentos del tribunal escapa al control calificador del registrador, y por ello, decidir sobre la incompatibilidad de las acciones ejercitadas —cuando su acumulación o confusión, acertada o no— haya sido aceptada por el órgano juzgador, excede de las facultades del registrador.

La registradora señala como defecto que el deslinde debe ser aprobado mediante auto, en ejecución de sentencia, no siendo suficiente un mandamiento por el que se da traslado de la sentencia junto con los informes periciales. A

efectos registrales será preciso que el mandamiento que expide el letrado de la Administración de Justicia incorpore el correspondiente decreto por el que se apruebe la ejecución, debiendo constar su firmeza.

Ese deslinde parcial que se presenta a inscripción ya bajo la vigencia de la nueva redacción de la LH operada por la Ley 13/2015, sí que ha de expresar necesariamente la georreferenciación de cada uno de los vértices de la línea continua o quebrada de separación entre ambas fincas. Y si además se desea inscribir la completa delimitación georreferenciada de cada finca por todos sus puntos cardinales, sí que será preciso aportar la respectiva certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada, o la representación georreferenciada alternativa, y tramitar el correspondiente procedimiento regulado en el artículo 199 de la LH para dar intervención y proteger los derechos de terceros colindantes que no han sido parte en el procedimiento judicial de deslinde meramente parcial o relativo entre dos fincas concretas.

Resolución de 7-4-2016

(BOE 27-4-2016)

Registro de la propiedad de Alicante, número 3

HIPOTECA: CALIFICACIÓN DE SUS CLÁUSULAS. LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: APLICABILIDAD.

Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, por todas, la resolución de 29 de febrero de 2012), el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos, ya que solo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

Dado que la prestamista es una persona física que ha manifestado expresamente que no está dedicada con habitualidad a la concesión de préstamos, esta circunstancia al no haber sido contradicha por el registrador en su nota de calificación, por consulta al Servicio de Interconexión de los Registros de la propiedad en los términos que resultan de las resoluciones de 4 de febrero de 2015 y 13 de julio de 2015, ni haberse alegado tampoco la posible insuficiencia a estos efectos de tal manifestación; debe tenerse por buena en el ámbito de este recurso y, en principio, como causa de exclusión de la aplicación de la citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y paralelamente de la Ley 2/2009 y de la Orden EHA 2.899/2011. No obstante, la intervención de la empresa de intermediación «Bep Corporación Financiera, S.L». provoca la aplicación de la citada Ley 2/2009, 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, ya que según su artículo 1, número 1, letra b), tal aplicación tiene lugar cuando una persona física o jurídica realiza de manera profesional actividades de «intermediación para la celebración de un contrato de préstamo o crédito con cualquier finalidad, a un consumidor, mediante la presentación, propuesta o realización de trabajos preparatorios para la celebración de los mencionados contratos, incluida, en su caso, la puesta a disposición de tales contratos a los

consumidores para su suscripción». Por otra parte, en aplicación de lo dispuesto en el número 5 del artículo 22 de la Ley 2/2009 parecería que las obligaciones de información precontractual, transparencia, oferta vinculante, ficha de información personalizada (Orden EHA/2.899/2011) y la normativa sobre cláusulas abusivas (Ley 1/2007, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) referidas al préstamo o crédito hipotecario ofrecido y aceptado, solo serían aplicables si ese concreto préstamo o crédito, por razón de los sujetos intervinientes, objeto o finalidad, estuviera sujeto a dicha normativa, lo que en este supuesto, como se ha indicado, en principio, no tiene lugar. Pero concurren en este supuesto una serie de circunstancias especiales que a juicio de este Centro Directivo, teniendo en cuenta que la normativa sobre transparencia y abusividad no debe ser objeto de una interpretación literal sino que debe prevalecer una interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favorecer respectivamente la información y la protección de los usuarios de servicios financieros (*cf.*, resolución de 29 de septiembre de 2014), abogan por la aplicación de ambas normas.

Debe señalarse que, en principio, al constituir el interés ordinario o remuneratorio un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario oneroso, ya que determina la cuantía de la contraprestación del préstamo que es el objeto principal del contrato de préstamo oneroso, queda al margen tanto de la calificación registral como de la ponderación judicial, por corresponder a la iniciativa empresarial la fijación del interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador. El control de los intereses ordinarios queda circunscrito, en consecuencia, al ámbito de las normas de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908, que como tal también queda al margen de la calificación registral al exigir su apreciación la ponderación de todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. No obstante, sostiene el TS que «el hecho de que una cláusula sea definitoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo», sino que tal cláusula se encuentra sujeta a un doble control, el control de incorporación o de información previa ajustada a la normativa según el tenor del artículo 7.1 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación y Orden EHA/2.899/2011, y el control de transparencia —cognoscibilidad o comprensibilidad real— que exige que la cláusula se encuentre redactada de manera clara y comprensible como exigen los artículos 4.2 de la Directiva 93/13/CEE y 80.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Excluida, en consecuencia, la calificación registral, como la judicial, sobre la abusividad de la cuantía de un determinado interés remuneratorio por ser definitorio del objeto principal del contrato y sin necesidad de entrar a valorar las circunstancias concurrentes en el momento de suscripción del contrato, lo que sí procede es examinar si en el supuesto objeto del recurso se ha cumplido con el doble filtro de información y transparencia. Ahora bien, pueden existir también supuestos especiales de limitación objetiva de la cuantía de los intereses ordinarios, cuando resulte del propio contrato que los mismos exceden de la función que les es propia, como ocurre en el presente supuesto, en que se pacta un interés ordinario del 14,99% durante toda la vida del contrato y un interés moratorio de «tres veces el interés legal del dinero» (10,50% en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario), ya que por definición el interés ordinario no puede ser superior al interés moratorio en un mismo contrato, y ello aun cuando el interés moratorio que se pacta pudiera ser superior por no tener el préstamo la finalidad de la adquisición

de la vivienda habitual y, en consecuencia, no ser aplicable la limitación del artículo 114.3 de la LH.

Por último, en cuanto al primer defecto de fondo de la nota de calificación, la retención por el acreedor a través de la entidad intermediadora de aproximadamente el 25% del capital concedido para el pago de diversos gastos y comisiones; se trata de una cláusula que el registrador de la propiedad calificante considera abusiva por suponer un desequilibrio de las partes dado su montante desproporcional y por no estar debidamente justificados. Pues bien, respecto de este tipo de estipulaciones que no afectan al objeto principal del contrato, el registrador puede ejercer un control de abusividad en dos supuestos concretos (*cf.*, resoluciones de 28 de abril de 2015 y 25 de septiembre de 2015, entre otras): a) cuando la nulidad por abusividad hubiera sido declarada mediante resolución judicial firme, sin que sea necesario que conste inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación ya que tal exigencia infringiría el «principio de efectividad» de la normativa europea de protección de consumidores; siendo, no obstante necesario, a falta de tal inscripción, que la sentencia judicial proceda del TS, en cuanto fuente complementaría del derecho (art. 1 del Código Civil), o responda a un criterio mayoritario y uniforme de los órganos judiciales superiores; y en todos los casos que se refieran al contrato de préstamo o crédito hipotecario; y b) cuando el carácter abusivo de la cláusula pueda ser apreciado directamente por el registrador de forma objetiva, sin realizar ningún juicio de ponderación en relación con las circunstancias particulares del caso concreto, bien porque coincidan con alguna de las tipificadas como tales en la denominada «lista negra» de los artículos 85 a 90 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, bien por vulnerar otra norma específica sobre la materia, como el artículo 114.3 de la LH (respecto de los intereses moratorios en su ámbito concreto de aplicación), con base en la doctrina de la nulidad «apud acta» recogida en la STS de 13 de septiembre de 2013. No se puede hacer tacha alguna a esta retención ni a la cuantía de la misma siempre que los conceptos a que se refiere se encuentren debidamente identificados y guarden relación con las operaciones asociadas al préstamo, siempre que la retención no comprenda gastos por servicios no solicitados por el deudor, que resultarían contrarios a lo dispuesto en el artículo 89.4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o gastos que por ley fueran de cargo del acreedor, que serían contrarios al artículo 89.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. La STS de 23 de diciembre de 2015, ha considerado abusivas por contrarias al artículo 89.2 y.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, las cláusulas que impongan de cuenta exclusiva de la parte prestataria gastos de tramitación o gestión que por ley corresponden al acreedor; y como tales señala los de formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas, ya que tanto el arancel de los notarios como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación y quien tiene el interés principal en la hipoteca es el prestamista; y el tributo por Actos Jurídicos Documentados ya que según el artículo 27.1 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre de 1993, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del ITP y AJD, el acreedor es el sujeto pasivo de dicho impuesto en cuanto que adquirente del derecho real de hipoteca y persona que solicita los documentos notariales. En cuanto a la comisión de apertura de 400 euros, ningún problema plantea su retención dado que se encuentra determinada en la información precontractual (el 1%), su

legalidad reconocida por la Orden EHA/2.899/2011 (art. 3), su propia naturaleza que implica el abono en el momento de la formalización del préstamo hipotecario y, por último, su imputabilidad al consumidor en cuanto obligado legal al pago de la misma. Respecto a los honorarios de la intermediadora financiera, que asciende al 15% del capital prestado (6.000 euros), no puede ser objeto de apreciación acerca de su abusividad ya que constituye el precio del objeto principal de otro contrato suscrito por el deudor; se han cumplido también respecto al mismo las normas de información y la cuantía de la tarifa no plantea problemas de comprensibilidad, por lo que vale ahora todo lo expuesto respecto del interés remuneratorio en el fundamento de derecho anterior. La retención de «dos meses de intereses (999,34 euros) para ser reintegrados a la cancelación del préstamo, es decir, en cinco años», cuya admisibilidad plantea dudas ya que la misma ni responde a un gasto que el propio préstamo hipotecario conlleva a cargo del consumidor ni a un servicio expresamente solicitado por el prestatario y, además, no obstante su retención, dicha cantidad genera intereses como si se hubiera realmente entregado.

Resolución de 8-4-2016
(BOE 27-4-2016)
Registro de la propiedad de Ordes

TERCERÍA DE DOMINIO: ALCANCE Y EFECTOS.

La acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista y que ha de ser adquirido mediante un título que tenga realidad en el momento del embargo cuya fecha ha de subordinarse el fallo, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo. Y esta línea jurisprudencial se ha visto ratificada en la Ley 1/2000, aplicable a este expediente, cuya Exposición de Motivos dice «la tercería de dominio no se concibe ya como un proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como un incidente, en sentido estricto de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo». La tercería no es un procedimiento autónomo sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y, por tanto, una incidencia del mismo, que persigue, exclusivamente, la pretensión liberatoria del embargo de la cosa más que la atribución del derecho de propiedad.

Registro mercantil y Bienes Muebles

por Ana DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 8-2-2016
(BOE 10-3-2016)
Registro mercantil de Madrid, número IV

ADMINISTRADORES. NOTIFICACIÓN. ARTÍCULO 111 RRM.

Se trata de un supuesto en que, habiendo vencido y caducado el nombramiento del anterior administrador único, se nombran administradores solidarios de la sociedad, a quien había sido anteriormente administrador único y un tercero y este expide la certificación del acuerdo de nombramiento.

Aun habiendo transcurrido el plazo de duración del cargo previsto en los artículos 221 y 222 de la Ley de Sociedades de Capital, el administrador inscrito, incluso con cargo caducado, debe ser notificado a los efectos del artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Es necesario que el destinatario de la notificación, el administrador, tenga su cargo inscrito, pero no se establece ninguna salvedad para el supuesto de que el anterior administrador tuviera su cargo caducado por transcurso de su plazo de nombramiento.

Resolución de 9-2-2016
(BOE 10-3-2016)
Registro de Bienes Muebles de Alicante, número III

CONCURSO. CANCELACIÓN ANOTACIONES DE EMBARGO.

Se trata de si es posible cancelar determinadas anotaciones de embargo practicadas con anterioridad a la declaración de concurso en virtud de mandamiento expedido por el juez encargado del concurso.

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 (sentencia de la Sala Primera del TS de 21 de octubre de 2013, TC, Sala Segunda. sentencia 266/2015, de 14 de diciembre de 2015).

La regla general de que la competencia para cancelar una anotación la tiene el juez o tribunal que la hubiera ordenado, puede ceder a la que corresponde al juez del concurso que, en razón a su vis atractiva, se extiende a llevar a cabo las ejecuciones singulares y a ordenar también la cancelación de los embargos y anotaciones practicadas en las mismas. Esta competencia del juez del concurso para cancelar embargos requiere: a) que la decrete a petición de la administración concursal; b) que concurra como causa habilitante el hecho de que el mantenimiento de los embargos trabados dificulte gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, y c) la audiencia previa de los acreedores afectados. Una vez abierta la fase de liquidación, la petición de la administración concursal estará justificada por la aprobación del plan de

liquidación en el que se acuerde la cancelación de los embargos, y sin que sea ya exigible como requisito habilitante la continuidad de la actividad profesional o empresarial. Respecto de la exigencia de la audiencia deberá entenderse sustituida por la notificación, de conformidad con el principio de tracto sucesivo registral del artículo 20 de la LH y el de salvaguardia judicial de los asientos registrales del artículo 1, párrafo tercero, de la misma Ley. No cabe duda alguna de que esta notificación a los titulares de los embargos que se pretende cancelar es uno de los trámites de obligada calificación por parte del registrador.

Resolución de 10-2-2016

(BOE 10-3-2016)

Registro mercantil de Tenerife, número II

AUDITORES. INFORME SIN OPINIÓN.

La opinión técnica del auditor debe manifestar sin ambages su valoración sobre si las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera resultado de las operaciones y, en su caso, flujo de efectivos, con manifestación expresa de las reservas o salvedades detectadas. Desde el punto de vista del Registro mercantil y a los efectos de decidir si las cuentas de una sociedad determinada pueden o no ser objeto de depósito, es competencia del registrador mercantil determinar el valor de dicho informe a los efectos de practicar operaciones en el Registro. Caben cuatro tipos de opinión técnica: favorable, con salvedades, desfavorable o denegada.

No hay cuestión cuando el informe contiene una opinión favorable o favorable con salvedades pues ambos supuestos implican la afirmación del auditor de que el informe que suscribe conlleva que las cuentas analizadas expresan la imagen fiel del patrimonio social, de su situación financiera y, en su caso, del resultado de las operaciones y de los flujos de efectivo.

El informe con opinión desfavorable debe valorarse conforme a la doctrina de la DG (resolución de 20 de octubre de 2015).

El informe con reservas de las que resulte una opinión denegada no implica un rechazo frontal al depósito de las cuentas, en la medida que contiene una declaración de que el auditor no se pronuncia técnicamente en función de las salvedades señaladas, lo que exige un análisis pormenorizado de su contenido.

Frente a estos supuestos en los que el auditor emite informe, aunque sea con opinión denegada, está aquel en que el auditor no emite propiamente informe (o renuncia a emitirlo). Dado que la realización del informe es obligatoria para el auditor, la Ley restringe este supuesto a la circunstancia de que concurra justa causa lo que solo contempla cuando existan amenazas que comprometan la objetividad o independencia del auditor o cuando exista imposibilidad absoluta de realizar el trabajo bien por no haberse realizado por la sociedad la entrega de la documentación correspondiente bien por concurrir otras circunstancias excepcionales no imputables al auditor. La admisión del depósito de cuentas implicaría la frustración de la finalidad de la Ley así como de los derechos de los socios que instaron la auditoría y de los terceros, en su caso. Pero no toda opinión denegada tiene porqué implicar necesariamente el rechazo del depósito. El registrador debe realizar un análisis del informe del auditor presentado junto con las cuentas y, especialmente, de las salvedades que en el mismo se realizan a fin de concluir si, con independencia del hecho de que impidan formular al

auditor una opinión de acuerdo a las normas técnicas de actuación, las mismas impiden o frustran el interés del socio a la revisión de las cuentas anuales y de los eventuales terceros, de modo que solamente cuando así ocurra deba rechazarse su depósito en el Registro.

En el caso contemplado, no cabe efectuar el depósito dado que el auditor manifiesta que no emite opinión porque la sociedad no le ha entregado los documentos de respaldo precisos para ello, por lo que el motivo es imputable a esta.

Resolución de 16-2-2016
(BOE 11-3-2016)
Registro mercantil de Burgos

CALIFICACIÓN. DISCREPANCIAS ENTRE DOCUMENTO Y REGISTRO.

Se trata de la inscripción de una escritura de poder otorgada por un administrador de una sociedad en la que expresa que su domicilio «a estos efectos» coincide con el domicilio social.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque el domicilio del compareciente no coincide con el que consta inscrito en el Registro.

El correcto ejercicio de la función calificadora del registrador no implica que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo o discordancia entre datos en él contenidos cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato verdadero. La discrepancia entre tales datos, y en concreto los relativos al domicilio que deba expresarse en el Registro, constituye obstáculo a la inscripción toda vez que no corresponde al registrador decidir cuál de los dos domicilios expresados haya de prevalecer a tales efectos. La indicación del domicilio del administrador tiene consecuencias legales que están vinculadas al mismo, como las que resultan de los artículos 235 LSC y 111 RRM. Pero no se puede impedir una inscripción de poder a favor de una persona, en la cual no ha de hacerse constar, respecto del administrador, el domicilio ni ninguna otra de las circunstancias a las que se refiere el artículo 38 RRM.

Resolución de 19-2-2016
(BOE 11-3-2016)
Registro mercantil de Burgos

CALIFICACIÓN. DISCREPANCIAS ENTRE DOCUMENTO Y REGISTRO.

Se trata de la inscripción de una escritura de traslado del domicilio social otorgada por un administrador de una sociedad en la que expresa que su domicilio «a estos efectos» coincide con el domicilio social.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque el domicilio del compareciente no coincide con el que consta inscrito en el Registro.

El correcto ejercicio de la función calificadora del registrador no implica que deba rechazarse la inscripción del documento presentado ante toda inexactitud del mismo o discordancia entre datos en él contenidos cuando, de su simple lectura o de su contexto, no quepa albergar razonablemente duda acerca de cuál sea el dato erróneo y cuál el dato verdadero. La discrepancia entre tales datos, y en

concreto los relativos al domicilio que deba expresarse en el Registro, constituye obstáculo a la inscripción toda vez que no corresponde al registrador decidir cuál de los dos domicilios expresados haya de prevalecer a tales efectos. La indicación del domicilio del administrador tiene consecuencias legales que están vinculadas al mismo, como las que resultan de los artículos 235 LSC y 111 RRM. Pero no se puede impedir una inscripción relativa al traslado del domicilio social, en la cual no ha de hacerse constar, respecto del administrador, el domicilio ni ninguna otra de las circunstancias a las que se refiere el artículo 38 RRM.

Resolución de 14-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro mercantil de La Rioja

JUNTA GENERAL. CONVOCATORIA POR CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN. CONSEJO. QUORUM DE CONSTITUCIÓN. RECURSO. APORTACIÓN DE NUEVOS DOCUMENTOS.

La necesidad permanente de que la sociedad esté dotada de un órgano de administración impone tanto su existencia como su capacidad de actuación y por ello la legislación dota a las sociedades de mecanismos para que así sea, incluso cuando se dan situaciones especiales. De aquí que se prevea la posibilidad de la existencia de sustitutos, la cooptación en la sociedad anónima e incluso previsiones estatutarias dirigidas a dar solución a situaciones anormales que puedan producirse a lo largo de la vida social (*vid.*, resolución de 4 de junio de 1999).

El artículo 247.1 LSC exige para la válida constitución del consejo que concurren la mayoría de los vocales cuyo número se haya previsto en los estatutos y, si estos señalan solo el número mínimo y máximo, el determinado por el acuerdo de nombramiento. En un consejo compuesto por tres miembros es precisa la concurrencia de dos para su válida constitución, debiendo decidir por unanimidad mientras no se cubra la plaza vacante. La renuncia de uno de ellos no afecta al acuerdo de la junta que nombró el consejo, por lo que el número de plazas sigue siendo el mismo sin perjuicio de que la vacante producida pueda cubrirse por los medios legalmente previsto (cooptación, acuerdo de junta) y de la obligación de los consejeros restantes, de promover su cobertura de la forma más adecuada para los intereses sociales.

En la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el Registrador y aportados al interponer el recurso.

Resolución de 15-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro mercantil de Cantabria

CUENTAS ANUALES. AUDITOR INSCRITO CON CARÁCTER VOLUNTARIO.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación.

Esta doctrina ha recibido sanción legal en el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas, disponiendo en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o esta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro mercantil».

Aunque la redacción anterior no estaba vigente al tiempo de presentarse las cuentas a depósito resulta indubitada, de acuerdo con doctrina del Centro Directivo, la necesidad de acompañar el informe de auditoría cuando la sociedad no obligada a verificación contable ha designado e inscrito, auditor voluntario.

Existen Resoluciones en sentido contrario, pero según la Dirección General en ellas concurrían otras circunstancias.

Resolución de 16-3-2016
(BOE 6-4-2016)
Registro mercantil de Ibiza

CALIFICACIÓN. PRINCIPIO DE PRIORIDAD.

A la vista de los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 y 10 del Reglamento del Registro mercantil, los registradores mercantiles han de tener en cuenta el juego del principio de prioridad, lo que les obliga a tomar en consideración, junto con el título que es objeto de la misma, los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación, y, en consecuencia, en cuanto tengan asiento de presentación vigente en tal momento, los documentos presentados con anterioridad, no los que accedan al Registro después.

No obstante, ante una contradicción insalvable de los títulos presentados ha afirmado: en primer lugar, que el registrador en su calificación deberá tener en cuenta no solo los documentos inicialmente presentados, sino también los auténticos y relacionados con estos, aunque fuesen presentados después, con el objeto de que, al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación, así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces; en segundo lugar, que hay que tener en cuenta el alcance «*erga omnes*» de los pronunciamientos registrales y la presunción de exactitud y validez del asiento registral y del hecho de que el contenido tabular se halla bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare judicialmente la inexactitud registral. Para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad legal de situaciones jurídicas ciertas, el registrador debe suspender la inscripción de títulos incompatibles y remitir la cuestión relativa a la determinación de cuál sea el auténtico a la decisión de juez competente, cuya función el registrador no puede suplir en un procedimiento, como es el registral, sin la necesaria contradicción y la admisión de prueba plena.

Resolución de 28-3-2016
(BOE 13-4-2016)
Registro mercantil de Madrid VII

CIERRE REGISTRAL. CUENTAS ANUALES.

De conformidad con reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, resoluciones antes reseñadas), y a la luz de los artículos 282 de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro mercantil, el incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas anuales lleva aparejada la sanción del cierre registral, de modo que, y a salvo las excepciones expresamente determinadas, ningún acuerdo o documento de la sociedad podrá ser inscrito en tanto persista el incumplimiento, salvo las excepciones legalmente establecidas, entre las que no se halla ni el nombramiento del nuevo administrador, ni la declaración del cambio de socio único.

La revocación de poder contenida también en este caso en la escritura presentada, no cabe acceder a su inscripción porque no puede realizarse la previa y necesaria inscripción del administrador revocante, conforme a los principios de tracto sucesivo y legitimación registral.

Resolución de 29-3-2016
(BOE 13-4-2016)
Registro mercantil de Madrid XIII

SOCIEDADES PROFESIONALES. ADAPTACIÓN. DISOLUCIÓN.

Para decidir si procede o no constatar la concurrencia, en determinada sociedad, de la causa de disolución de pleno derecho —y cancelación de asientos registrales— consistente en la falta de adaptación en plazo de la sociedad a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, se requiere como presupuesto, examinar las actividades que integran su objeto social inscrito. Estamos ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente.

La calificación ha de realizarse teniendo en cuenta, exclusivamente, el contenido del Registro y el documento presentado, debiéndose aplicar la Disposición Transitoria 1.ª de la ley referida y las consecuencias que de ella derivan, concurriendo como concurre el supuesto de hecho a que se refiere la misma, es decir la disolución de pleno derecho tras la falta de adaptación en el plazo legalmente establecido.

Resolución de 30-3-2016
(BOE 13-4-2016)
Registro mercantil de Granada

DOMICILIO. TRASLADO. COMPETENCIA.

El Consejo de administración tiene facultad para cambiar el domicilio social únicamente dentro del mismo término municipal, por lo que, al trasladarse a

otro municipio, la competencia para este acuerdo es de la Junta General, que debe, en consecuencia, ratificar dicho acuerdo.

Las referencias estatutarias sobre cualquier materia en que los socios se remiten al régimen legal entonces vigente (sea mediante una remisión expresa o genérica a la Ley o mediante una reproducción en estatutos de la regulación legal supletoria) han de interpretarse como indicativas de la voluntad de los socios de sujetarse al sistema supletorio querido por el legislador en cada momento.

De no aceptarse esta conclusión, las sociedades en cuyos estatutos se hubiese reproducido el artículo 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción anterior a la Ley 9/2015, resultarían agraviadas respecto de aquellas otras en las cuales, por carecer de previsión estatutaria o consistir esta en una mera remisión a dichos artículos, el órgano de administración puede, desde la entrada en vigor de la nueva normativa, cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional. No puede entenderse que haya una voluntad contraria de los socios a la aplicación del régimen legal supletorio respecto del órgano competente para cambiar el domicilio de la sociedad dentro del territorio nacional por el hecho de que en los estatutos se atribuya competencia al órgano de administración para trasladar el domicilio social «dentro del mismo término municipal».

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Los alimentos del menor y la apariencia de paternidad. Su reclamación por el padre y el daño moral*

Food the child and the appearance paternity. Its claim for the parent and moral damage

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

*Profesora Contratada Doctora Acreditada a Titular de Universidad
Derecho Civil. UCM*

RESUMEN: El derecho a los alimentos del menor existía por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de la apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían. Los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta y es efectiva hasta que se declara la realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial.

ABSTRACT: The right to food by the child was being born within marriage and as a result of the appearance of paternity father withstood all the obligations you. The payments were made as a result of a legally imposed obligation and is effective until the biological reality is declared in its judgment in the process of challenging the wedlock.

PALABRAS CLAVE: Menores. Alimentos del menor: Apariencia de paternidad Daño moral.

* 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.

KEY WORDS: Minors. Food the child. Appearance paternity. Moral damage.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FILIACIÓN, ALIMENTOS, RUPTURA DE LOS PROGENITORES E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.—III. ALIMENTOS SATISFECHOS ¿PAGO DE LO INDEBIDO?—IV. RECLAMACIÓN DE OTROS GASTOS.—V. INDEMNIZACIÓN RECLAMADA POR DAÑOS MORALES.—VI. PRESCRIPCIÓN.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.

I. INTRODUCCIÓN

El caso que nos ocupa hoy se centra en el análisis de aquellos supuestos, cada vez más abundantes, en los que tras la aprobación del convenio regulador con la concreción del derecho de alimentos de los hijos habidos durante el matrimonio, o el abono de otros gastos, el progenitor alimentante descubre que el hijo o hijos no son suyos (STS de 24 de abril de 2015).

Cuestión que tiene varios puntos de interés, aunque como es lógico solo lo analizaremos desde el punto de vista jurídico. En este caso la jurisprudencia no ha ido evolucionando sino que ante una cuestión nueva ha ido paulatinamente perfilando las cuestiones que generalmente se hayan centradas en la reclamación de las cantidades, gastos abonados (según los diversos supuestos), exigiéndose además, la reclamación por los daños morales. Esta es la visión desde el punto de vista del padre aparente, pero no podemos dejar de lado en ningún momento la situación del menor, que en ningún caso debe quedar desprotegido.

En el entramado a estudiar hay que tener en cuenta que nos encontramos:

- Dentro del ámbito de las relaciones familiares, y más exactamente dentro del marco de la filiación donde surge un derecho de crédito del menor a ser alimentado por los que ostenten la patria potestad sobre él.
- Los efectos personales y patrimoniales que produce la ruptura del matrimonio sobre los menores, quienes deben estar protegidos.
- La propia consideración del matrimonio y de la familia con el consiguiente entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar.
- La necesidad de impugnar judicialmente la filiación para dejar de ostentar la patria potestad y las obligaciones que conllevan sobre el menor que hasta ahora se ha creído que era hijo suyo.
- La importancia del principio del interés superior del menor en cada uno de los momentos o fases por los que va a pasar.

Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2013¹, en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad, por la propia situación del supuesto y siempre pensando en el interés supremo del menor. Y ello porque detectada y probada la inestabilidad emocional de la madre que le impide cumplir adecuadamente con los deberes de custodia², priorizando sus propios intereses sobre el de sus hijas. De ahí que se instaure un régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección del

interés de ambas hermanas, sin perjuicio de que la medida pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego³.

Lo que, como indica la STS que estamos comentando «pone en evidencia el riesgo de trasladar sin más determinadas acciones, como la que ahora se enjuicia, al ámbito de las relaciones familiares para fundar un derecho de crédito al margen de las reglas propias que resultan de la filiación, de la propia consideración del matrimonio y de la familia y, en definitiva, de un entramado de relaciones personales y patrimoniales que no es posible disociar».

Hasta ahora la Jurisprudencia de las Audiencias era contradictoria como vamos a ver seguidamente ya que partía de puntos de vista diferentes. Pero esto ha sido solucionado con la sentencia del TS de 2015 en la que ha sido ponente SEIJAS QUINTANA en la que se ha unificado la doctrina.

II. FILIACIÓN, ALIMENTOS, RUPTURA DE LOS PROGENITORES E IMPUGNACION DE LA FILIACIÓN

Antes de entrar en el fondo del asunto, en la disparidad de criterios de las Audiencias, y en la sentencia del Tribunal Supremo unificando doctrina, debemos poner de relieve las cuestiones que giran alrededor del problema.

Tras el nacimiento del menor, ya sea fruto de matrimonio, o de una unión de hecho, se inscribe en el Registro civil. En el primer caso la consideración de hijo matrimonial es automática por razón de la presunción de paternidad matrimonial que establecen los artículos 113 y 116 del Código Civil, reforzada por la presunción de convivencia del artículo 69⁴. En el caso de la unión de hecho, el hijo se inscribe siempre que el padre acepte y establezca su paternidad⁵. Una vez que el menor se inscribe en el Registro se aplican automáticamente las normas constitucionales y de carácter privado de protección de la familia, poniéndose en marcha tanto las reglas que afectan al ámbito personal como patrimonial.

La inscripción de la filiación en el Registro Civil es el título con el que se acredita normalmente en el tráfico jurídico el estado civil de hijo/padres (art. 113 del Código Civil). Se trata de una prueba preconstituida de la filiación que legitima para ejercer judicial o extrajudicialmente, derechos, facultades y potestades derivados de la filiación inscrita (alimentos, derechos sucesorios, patria potestad, etc.).

Por otro lado, tal y como ordena, el artículo 154 del Código Civil, la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad. Por tanto, su ejercicio debe adaptarse a las cualidades de estos. Todas las medidas que se adopten deben atender a la primacía del interés del menor sobre cualquier otro interés que pudiera concurrir.

El mencionado artículo 154 del Código Civil concreta que los padres tienen la obligación de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Así, el *deber de velar* implica un deber genérico de protección que existe en cualquier circunstancia (art. 110 del Código Civil) pudiendo quedar reducido a vigilancia y control cuando no vaya acompañado de convivencia. El *deber de tenerlos en su compañía* se refiere a la convivencia en el domicilio de los padres. Esa convivencia implica una comunicación continua, material, psicológica y afectiva, indispensable para el ejercicio normal de la patria potestad (art. 156 del Código Civil). Deber que es compatible con separaciones temporales derivadas de causas justificadas (enfermedad, estudios, relaciones con otros parientes). El *deber de alimentos* debe corresponder al nivel de vida de los

padres, y es lógicamente preferente con respecto a cualquiera de los deberes de alimentos regulados en los artículos 143 y siguientes del Código Civil.

Pues bien así llegamos a una de las instituciones de carácter civil más importante como es la del derecho de alimentos, regulado en los artículos 111 y 154 del Código Civil.

Tras la ruptura matrimonial todas las cuestiones derivadas de la misma deben recogerse en el convenio regulador. Y para que este produzca efectos es preciso que sea aprobado por el juez, que lo hará siempre que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90 del Código Civil). Se considerará «dañoso» para los hijos cuando el contenido tuitivo mínimo de la patria potestad quede afectado por el convenio regulador; o cuando los pactos no garanticen suficientemente los deberes nacidos de la patria potestad como son los alimentos, educación y formación integral de los hijos, y la vigilancia y compañía inmediata de los progenitores.

Esto significa que tras la ruptura los cónyuges en base a su patria potestad sobre sus hijos continúan obligados al pago de los alimentos. Si el progenitor inicia la acción de impugnación de la filiación matrimonial solo podrá reclamar los alimentos tras la finalización de dicha acción con la sentencia firme. Pues no es hasta ese momento en el que se establece la inexistencia de filiación, de patria potestad y consiguientemente de la obligación de dar alimentos. Estos alimentos, como las demás obligaciones ya señaladas que integran la potestad de los padres (art. 154 del Código Civil) y el propio hecho de la filiación (art. 111 del Código Civil), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del menor porque la función de protección debía cumplirse y el menor debía estar en todo momento alimentado.

A partir de ese momento el menor no queda desprotegido porque será el padre biológico quien deba ocuparse del menor, además de la madre.

La Jurisprudencia del TS, viene desde antiguo, indicando que los alimentos dados no pueden reclamarse su devolución, por el hecho de que no coincide la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal. No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos mientras se mantengan⁶.

Hay que tener en cuenta que la filiación, dice el artículo 112 del Código Civil, «produce sus efectos desde que tiene lugar», y «su determinación legal tiene efectos retroactivos, siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no disponga lo contrario»; efecto retroactivo de la determinación legal de la filiación que opera cuando este sea positivo para el menor, pero no en el supuesto contrario, como sucede en otros casos, como en el de extinción de la adopción, en el de la declaración de nulidad del matrimonio, o en el supuesto de fallecimiento del alimentante, y como también resulta de la propia jurisprudencia respecto al *carácter consumible de los alimentos*.

Es cierto que las relaciones de paternidad tienen como base principal la realidad biológica, pero esta realidad no excluye necesariamente situaciones como la contemplada en el caso resuelto por la sentencia de 20 de noviembre de 2013, en el que se atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad.

III. ALIMENTOS SATISFECHOS ¿PAGO DE LO INDEBIDO?

La primera cuestión sobre la que se han pronunciado los tribunales es si se puede reclamar las cantidades ya abonadas en concepto de alimentos y otros gastos, como cantidades cobradas indebidamente.

Lógicamente tras la ruptura matrimonial, y la existencia de descendencia el convenio contendrá las necesarias disposiciones de contenido patrimonial referidas a los hijos⁷. Pero tras la ruptura y la firma del convenio, y derivado del mismo el consiguiente pago de alimentos a los supuestos hijos puede darse el caso de que el padre conozca que realmente no lo es. De donde se deriva la reacción lógica del supuesto padre demandante de reclamar las cantidades abonadas en concepto de alimentos y gastos de desplazamiento para ejercitar el derecho de visita respecto de un hijo o de varios que creía era suyo y resultó no serlo⁸.

Lo primero que ha entrado a estudiar la doctrina jurisprudencial es si en tal caso estamos ante un cobro o un pago de lo indebido, y consiguientemente un enriquecimiento injusto, respecto al padre biológico, que quedó al margen del cuidado y de los alimentos del menor, con el consiguiente empobrecimiento del demandante.

Como hemos indicado más arriba, hasta ahora el criterio de las Audiencias era diferente. Así por un lado, se encuentran las sentencias que sostienen que la reclamación de los alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el *cauce del artículo 1895 del Código Civil*, de manera que «cuando se recibe alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla». Siguen este criterio las sentencias de la AP de Cádiz de 3 de abril de 2008⁹, la SAP de León de 2 de enero 2007¹⁰; y la SAP de Asturias de 28 de septiembre 2009¹¹.

Pero volviendo a la disparidad de las sentencias de las Audiencias, también podemos comprobar la existencia de resoluciones que sostienen que la reclamación de alimentos abonados a quien se creía hijo, debe realizarse por el *cauce del artículo 1902 del Código Civil*. Entre ellas se encuentran la SAP de Valencia de 5 de septiembre de 2007¹²; y la de Baleares —Sección 3.ª— de 20 de septiembre de 2006¹³.

Sentencias que basan la existencia de reclamación por el daño moral sufrido por el progenitor que descubre que no es suyo un hijo nacido durante su matrimonio. Y que entienden que no hay un enriquecimiento injusto, porque uno de los requisitos para que este se produzca es la existencia de un empobrecimiento y una falta de causa que lo justifique puesto que la progenitora entregó las cantidades que ahora se reclaman para abonar la pensión alimenticia.

Por último, hay otro grupo de sentencias que consideran que *en tanto no se declare que el padre que lo era ha resultado no serlo, no es de aplicación el cobro de lo indebido, pues hasta entonces los alimentos eran debidos, y solo se pagarían desde una resolución judicial que así lo declare*. Dentro de este grupo se encuentran las sentencias de la AP de Ciudad Real, de 29 de febrero 2012¹⁴; Toledo de 7 de noviembre de 2002¹⁵; Granada de 13 de junio de 2014¹⁶.

Y en esta línea se halla la sentencia de la AP de Cádiz de 16 de mayo de 2014¹⁷, que acertadamente aclaró que «aunque pueda parecernos ciertamente un pago realizado por mediar una realidad que era inexistente, no es este el cauce para dejar sin efecto lo que la sentencia acordó y en virtud de la cual surgió la obligación de abonar alimentos, hasta que otra sentencia estimó la impugnación de la paternidad». Y ello porque no estamos en el supuesto de que «se reciba algo que no se tenía derecho a cobrar y que por error ha sido indebidamente pagado, debiéndose restituir lo recibido, sino que el actor abona los alimentos porque así lo ordena una sentencia que es firme, siendo esta la que le impone el deber y no pudiéndose dejar mediante este procedimiento una sentencia como no puesta por el principio de la invariabilidad de las resoluciones, solo ello podría tener lugar

habiendo instado su nulidad lo que ahora sería extemporáneo o mediante el correspondiente recurso extraordinario de revisión, que no consta se interpusiera».

Pues bien, el Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2015, se inclina por esta última solución indicando que «el derecho a los alimentos de la hija existía, por tanto, por el hecho de haber nacido dentro del matrimonio y como consecuencia de esa apariencia de paternidad el padre hizo frente a todas las obligaciones que le correspondían, entre las que se encontraba no solo la manutención económica, sino la de velar por ella, tenerla en su compañía, educarla, formarla, representarla y administrar sus bienes. Por tanto, los pagos se hicieron como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación, y es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial, lo que hace inviable la acción formulada de cobro de lo indebido».

En esta sentencia del Alto Tribunal se reúnen todos los argumentos necesarios para destruir la posibilidad de considerar que estamos ante un pago indebido ya que el pago de alimentos son debidos hasta que se impugne la filiación y no indebidos. Nos recuerda además, que «para que nazca la obligación de restituir, se requiere: a) un pago efectivo hecho con la intención de extinguir la deuda (*animus solvendi*) o, en general, de cumplir un deber jurídico. La prueba del pago incumbe al que pretende haberlo hecho (art. 1900 del Código Civil), b) inexistencia de obligación entre el que paga y el que recibe, y, por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente, cuando existiendo el vínculo relacione a personas distintas de la que da y de la que recibe el pago, u objetivamente, cuando falta la relación de obligaciones entre *solvens* y *accipiens*, bien porque jamás ha existido la obligación o porque aún no ha llegado a constituirse o porque, habiendo existido la deuda, ya esté pagada o extinguida; y, c) error por parte del que hizo el pago. El error ha de ser probado, salvo en los casos en que lo presume la ley.

Y que es lo que realmente ocurre en este caso, ya que realmente el sujeto que resulta no ser el progenitor realiza el pago de alimentos en la creencia que tiene que extinguir una deuda cuyo origen es su deber derivado de la patria potestad que ha venido ostentando sobre el hijo, o lo que es lo mismo, está cumpliendo un deber jurídico. Lo que ocurre es que se produce la inexistencia de la obligación no cuando conoce que no es el padre, sino cuando hay sentencia firme donde consta acreditada la impugnación de la filiación. El menor no puede quedar desprotegido. En ese momento se produce la falta de causa en el pago (en el derecho de alimentos). Se rompe con toda relación obligacional.

Esto implica afirmar que ha existido deuda mientras se creía que era verdadero hijo —en base al vínculo existente patria potestad-filiación—, pero que se extingue cuando el vínculo se rompe porque es firme y desaparece el estado civil de hijo y padre entre ellos.

La STS de la Sala Primera, de lo Civil, de 24 de abril de 2015 también argumenta en contra de la posibilidad de admitir la acción de enriquecimiento injusto derivada del artículo 1895 del Código Civil, para la devolución con carácter retroactivo de los alimentos entregados a un menor, tras la sentencia firme de impugnación de la filiación. Pues dicha sentencia hace desaparecer la obligación de alimentos no «*ex nunc*» sino «*ex tunc*».

Cuestión distinta a la que estamos analizando, es la del conocimiento de que los hijos no son del progenitor, pero los reconoce y así los inscribe en el Registro Civil como sus hijos, pasando desde ese momento a formar parte de su familia,

con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002, es el supuesto de hecho de la SAP de Valencia, de 2 de noviembre de 2004¹⁸. En tal situación evidentemente la alimentación y educación de los hijos de uno solo, pasan a ser obligación de ambos cónyuges porque ambos ostentan la patria potestad sobre los mismos y todos conviven en el hogar familiar. Todos los gastos corren a cargo de la economía doméstica, que en el presente caso se hace frente a través del dinero que aportaba el Sr. V. para el sostén de la familia, en el ámbito del deber conyugal de ayuda y socorro mutuo. Al romperse el vínculo entre los cónyuges se produce un daño moral para los hijos, porque los cónyuges han creado un vínculo familiar donde ha nacido unas relaciones paternofiliales.

IV. RECLAMACIÓN DE OTROS GASTOS

A la hora de reclamar los supuestos progenitores también se hace referencia a otra serie de gastos sobre los que los Tribunales se han pronunciado.

Así nos encontramos con la reclamación de los gastos ocasionados por las pruebas biológicas de paternidad. La sentencia de la AP de Valencia, de 2 de noviembre de 2004 se refirió a la improcedencia de su resarcimiento al progenitor-demandante dado que los mismos no eran necesarios para este procedimiento, en todo caso, lo serían, para el de impugnación de la paternidad, corroborando los razonamientos de la sentencia de instancia.

También se hace referencia a la reclamación de los gastos de desplazamiento para el ejercicio de visita. La sentencia de la AP de Cádiz de 16 de mayo de 2014¹⁹, se entiende que el gasto pudiera ser en otro caso reintegrable tampoco nos ofrece mayores dudas en tanto que satisfecho en beneficio de una relación paterno-filial a la postre inexistente. Pero hay que tener en cuenta que también el derecho de visitas fue acordado por sentencia firme por lo que debe desestimarse la pretensión del actor y confirmar la sentencia

V. INDEMNIZACIÓN RECLAMADA POR DAÑOS MORALES

La STS de 22 de julio de 1999 que analizó un supuesto en el que se reclamaban alimentos abonados por el actor a la progenitora en base a que un hijo resultó no ser suyo, también analizó la reclamación que se hacía por daño moral, por la ocultación por la demandada de la verdadera paternidad de aquel. La decisión final va a centrarse en el no reconocimiento del daño moral por no existir dolo en la conducta de la progenitora, consecuencia de la ocultación al actor de la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio. Aunque también indica que «ciertamente, los supuestos que comportan la aplicación del artículo 1902 del texto legal sustantivo, vienen a originar, como consecuencia de esa aplicación, una reparación por el daño causado, que puede hacerse extensivo al doble ámbito patrimonial y moral, pero ello no resulta aplicable al caso de autos...».

En la STS de 22 de febrero de 2001 el daño moral se sustantiviza para referirlo a dolor inferido, sufrimiento, tristeza, desazón o inquietud que afecta a la persona que lo padece²⁰.

Puede entenderse como «daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños

materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su *quántum* económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco puedan entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico ... En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por daños morales».

En esta idea se comprenden aspectos difusos para su perceptibilidad jurídica, pero comprensibles dentro del medio social, y se enumeran los siguientes:

1.º Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral.

En nuestro tema objeto de estudio es comprensible que haya un dolor psíquico al destruirse un vínculo filial con altos componentes afectivos y sentimentales lo cual produce en el no progenitor un dolor o desazón lógico al verse privado para el futuro de una relación, y un poder derivado de la patria potestad que antes ostentaba. Dolor que puede dejar secuelas vitalicias.

2.º Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral, la ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre que se dan entre padre e hijo cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno de ellos privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, por ejemplo, en el supuesto de una relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa y demás parientes. Hay que tener en cuenta que ambos padre e hijo conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales.

Lo que se pretende sustantivizar como daño moral es el dolor inferido o el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos.

El problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que deberá ser probado por parte del perjudicado. El daño moral se subsume en la responsabilidad extracontractual donde la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable. Pero no debe olvidarse que en tema de daños y como criterio general rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe siempre a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que tanto en una responsabilidad como en otra, la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama la correspondiente responsabilidad y resarcimiento.

Esto significa que en el daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos: ese

sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad.

Se decía en sentencia de 21 de octubre al 1996²¹: «... Si bien es cierto que el precepto civil 1106 del Código Civil, establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños morales—, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua sentencia de 19 de diciembre de 1949 y posteriores de 22 de abril de 1983²², 25 de junio de 1984²³, 3 de junio de 1991²⁴, 27 de julio de 1994²⁵ y 3 de noviembre de 1995²⁶, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes...».

En la STS de 9 de diciembre de 2003 se indica que «Nuestro Código Civil no contempla la indemnización por daños morales, si bien su artículo 1107 impone el resarcimiento de 'todos' y ha sido la jurisprudencia casacional civil, que se invoca infringida en el motivo segundo la que ha ido elaborando doctrina continuada y progresiva sobre su procedencia ...y a tales efectos han de tenerse en cuenta y ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso, pues lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro».

La sentencia de la AP de Valencia de 2 de noviembre de 2004, si que otorga indemnización al progenitor que descubre que 3 de los 4 hijos nacidos durante su matrimonio eran fruto de una relación extraconyugal de su esposa. Los demandados —la esposa y el padre biológico— actuaron de forma negligente en la concepción de los hijos, y de forma dolosa en la ocultación de su no paternidad al demandante, siendo el posterior conocimiento de la verdad el desencadenante del daño sufrido por este²⁷. Hay un resarcimiento del daño moral derivado del padecimiento psicológico sufrido pero no del reclamado por deterioro de la fama, honor, intimidad y prestigio profesional del demandante, ni del generado por la infidelidad de su cónyuge.

La SAP de León de 2 de enero de 2007²⁸, señaló que «el daño moral generado por la infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, pues «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afectan al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, en ningún caso es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar»²⁹.

Finaliza esta sentencia indicando que lo verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo del o de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor.

En la SAP de Cádiz de 16 de mayo de 2014³⁰, la parte demandada interpuso recurso de apelación al mostrar disconformidad con que la sentencia le hubiera

condenado al abono de una indemnización por daños psicológicos y daños morales. La Audiencia entendió que sí procedía la reclamación por daños morales dado el padecimiento psicológico sufrido por el demandante acreditado por la prueba pericial médica. Afirma que es difícil entender el padecimiento psicológico independiente del daño moral causado, ya que en la base del mismo está la afectación psicológica padecida y ambas indemnizaciones terminan por obedecer a los mismos hechos y se enlazan entre sí de manera inseparable. Y es que la afectación psicológica del actor no es nada más que una secuela del daño moral padecido³¹.

La Audiencia entiende que el daño moral está suficientemente acreditado al disponer del informe pericial del psicólogo, convenientemente ratificado y sometido a contradicción en el juicio, el juez *a quo* ha tenido en cuenta el informe del psicólogo de medicina legal que le diagnostica una sintomatología leve depresiva con síntomas de carácter hostil, indicando que el hecho de haber ostentado una paternidad que no es real le ha podido generar sentimientos de humillación que le han desestabilizado y que se encuentre en un estado en el que no reacciona ni afronta de forma flexible sus nuevas circunstancias. El médico de cabecera reconoce que le ha tratado de ansiedad y depresión, pero desconoce los motivos, aunque es una ansiedad leve y moderada; así mismo y como señala la sentencia destaca que aunque se dictó sentencia que declaró la no paternidad continuaron las depresiones por abandono lo que indudablemente supuso un mayor sufrimiento e impotencia.

Daño consecuencia del conocimiento de la no-paternidad de los 3 menores que creía sus hijos, y también de la pérdida de su contacto, y de los lazos afectivos que mantenía con ellos, que según todos los facultativos genera un sufrimiento que puede ser superior al de la muerte de los menores al no poder elaborar el duelo como respuesta a la pérdida sufrida.

Sin embargo la Audiencia no estima viable la reclamación por los daños morales derivados del deterioro de su fama, honor, intimidad y prestigio profesional, estimamos que si bien puede ser cierto que su no-paternidad fuera un hecho conocido y comentado en los círculos sociales y profesionales en los que se desenvolvía el demandante, no podemos considerar acreditado que tales hechos hayan afectado, en la realidad, a su honor, fama o reputación personal o profesional, pues no son susceptibles de dañar al buen nombre, o a la consideración que las demás personas puedan tener de él, sin perjuicio de que su estado psicológico le haya impedido llevar una vida personal y social similar a la que desarrollaba con anterioridad.

Desde luego lo que no cabe mantener es que haya daños y perjuicios derivados de infidelidad conyugal, que dio lugar a un hijo extramatrimonial con apariencia matrimonial, en la que para generar responsabilidad civil no resulta precisa la concurrencia de un dolo explícito en la conducta de la demandada, bastando el mero incumplimiento del deber de fidelidad, cualificado por el embarazo de un tercero atribuido falsamente por vía de presunción a su marido. Si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge. No se sanciona la infidelidad, sino el hecho de ocultarla. Indemnización de acuerdo a diversos conceptos, entre ellos el daño moral y psicológico³².

VI. PRESCRIPCIÓN

El problema que se plantea al seguir la doctrina del Tribunal Supremo, de entender el caso propuesto bajo las reglas de la responsabilidad extracontractual

del artículo 1902 del Código Civil, y no bajo las reglas del cobro de lo indebido del artículo 1895 del Código Civil es que el plazo de ejercicio de la acción es solamente de un año. Que es precisamente lo que ocurre en la sentencia del TS de 24 de abril de 2015, donde la posibilidad de ejercitar la acción ha prescrito porque comienza a contar desde que el padre tuvo conocimiento cierto de que la hija no era suya. Conocimiento cierto que se produce tras el conocimiento de la impugnación de filiación con la notificación de la sentencia.

VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.

- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 202/2015 de 24 de abril de 2015, Rec. 1254/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2015, 55079).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 679/2013 de 20 de noviembre de 2013, Rec. 83/2012. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 2013, 190716)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA. (La Ley 1999, 11101)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de octubre de 1996, Rec. 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL. (La Ley 1996, 9948)
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de noviembre de 1995, Rec. 764/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ. (La Ley 1995, 11864).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 1994, 17066).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 688-JF/0000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de junio de 1984. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (La Ley 49849-NS/0000).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1983. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (La Ley 7777-JF/0000).
- SAP de Granada, Sección 5.ª, sentencia 253/2014 de 13 de junio de 2014, Rec. 16/2014. Ponente: José Manuel GARCÍA SÁNCHEZ (La Ley 2014, 142069).
- SAP de Cádiz, Sección 8.ª, sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995).
- SAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, sentencia 52/2012 de 29 de febrero de 2012, Rec. 268/2011. Ponente: José María TAPIA CHINCHÓN (La Ley 2012, 28449).
- SAP de Asturias, Sección 6.ª, sentencia 334/2009 de 28 de septiembre de 2009, Rec. 368/2009. Ponente: María Elena RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO (La Ley 2009, 210842).
- SAP de Cádiz, Sección 2.ª, sentencia 125/2008 de 3 de abril de 2008, Rec. 83/2007. Ponente: Antonio MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2008, 93624).
- SAP de León, Sección 2.ª, sentencia 1/2007 de 2 de enero de 2007, Rec. 304/2006. Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (La Ley 2007, 1789).
- SAP de Valencia, Sección 7.ª, sentencia 466/2007 de 5 de septiembre de 2007, Rec. 467/2007 (La Ley 2007, 170713).
- SAP de Les Illes Balears, Sección 3.ª, sentencia 392/2006 de 20 de septiembre de 2006, Rec. 395/2006. Ponente: María Rosa RIGO ROSSELLÓ (La Ley 2006, 135766).

- SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 597/2004 de 2 de noviembre de 2004, Rec. 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2005, 59).
- SAP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia 396/2002 de 7 de noviembre de 2002, Rec. 190/2002. Ponente: Manuel GUTIÉRREZ SÁNCHEZ-CARO (La Ley 2002, 185128).
- SAP de León, Sección 2.^a, sentencia 1/2007 de 2 de enero de 2007, Rec. 304/2006. Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (La Ley 2007, 1789).

NOTAS

¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 679/2013 de 20 de noviembre de 2013, Rec. 83/2012. Ponente: José Antonio SELJAS QUINTANA (La Ley 2013, 190716). Atribución al esposo tanto de la guarda y custodia de la hija adoptada por la pareja como la de la otra niña cuya filiación paterna, tras la impugnación judicial realizada por el esposo, quedó determinada en favor de un tercero. Prevalencia del interés de la menor.

² El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS de 13 de junio de 2011), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña puesto que protege todos los intereses en juego, incluso los del padre biológico, que no es parte en el procedimiento, si es que finalmente se consolida la existencia de unos vínculos paterno filiales asumidos y recíprocamente adaptados por el padre biológico y su hija para merecer el consiguiente amparo que se le reconoce en derecho, lo que la Sala desconoce en estos momentos.

³ «En el momento actual, don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de Agueda, pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, que se acepta al asumir la instancia, esto es, a través de los artículos 103,1.^a, párrafos 2 y 158 del Código Civil, y artículo 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad, conforme a la normativa citada, aunque excedan de las relaciones paterno filiales. En la interpretación del artículo 92 del Código Civil se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés, en este caso de Agueda, pero también de su hermana Olga, que han convivido juntas desde el nacimiento de la primera, tanto bajo la guarda y custodia de la recurrente como de la del recurrido, con el que han mantenido unas buenas relaciones, como dice la sentencia, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el Sr. Julián y su nueva esposa, con la que tiene un hijo de corta edad, teniendo como tiene este capacidad para asumir el cuidado de las menores, como se recoge en la sentencia del Juez de 1.^a Instancia, sin perjuicio de que la medida que se acuerda pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego».

⁴ Téngase en cuenta que, al apoyarse la presunción de paternidad en la presunción de convivencia conyugal (art. 69 del Código Civil), basta el cese legal de esta para que comience a correr el plazo de los trescientos días posteriores a la separación de los cónyuges (art. 102.1.º del Código Civil). Pero si los cónyuges siguen viviendo bajo el mismo techo operará la presunción de paternidad. Y, aunque los cónyuges tengan domicilios separados, juega la presunción de paternidad si se mantiene la comunidad de vida entre ellos.

Para comprobar que no rige la presunción de paternidad marital, el encargado del Registro Civil debe realizar las investigaciones oportunas antes de inscribir la filiación

no matrimonial pretendida, ya sea solo materna o paterna y materna. Y si no se aportan pruebas suficientes de que los cónyuges llevaban separados más de trescientos días antes del nacimiento del hijo de mujer casada, no quedará destruida la presunción de paternidad, que solo podrá impugnarse judicialmente.

El artículo 119 del Código Civil recoge el supuesto de que los padres se casen con posterioridad al nacimiento de su hijo. La determinación de la filiación, de acuerdo con los mecanismos previstos para la no matrimonial (art. 120 del Código Civil), puede haberse producido antes del matrimonio o después, pero en cualquier caso aquella se calificará como matrimonial cuando conste que los padres están casados entre sí. Y así se indicará en la inscripción de nacimiento por nota marginal de referencia a la de matrimonio de los padres.

⁵ El reconocimiento es una declaración de voluntad por la que su autor confiesa o admite que es el padre o la madre de la persona reconocida. Este reconocimiento es título de determinación extrajudicial de la filiación si se hace ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público (art. 120.1.º del Código Civil), y una vez efectuado no puede revocarse por su autor (art. 741 del Código Civil). Se trata, pues, de un acto unilateral, personalísimo y solemne, que desplegará los efectos que la ley imperativamente establece, y no los que, en su caso, pudiera desear el reconocedor. Por ello, el reconocimiento no puede someterse a término ni condición, que deben tenerse por no puestos si el reconocedor aplazase o condicionase la eficacia de su declaración.

El reconocimiento puede efectuarse por declaración ante el encargado del Registro Civil tanto al inscribir el nacimiento del hijo, dentro o fuera de plazo, como con posterioridad.

⁶ La no devolución tiene su origen en 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, que establecieron 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».

⁷ SAP de Cádiz, Sección 8.ª, sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995). El demandante reclama la cantidad que abonó en concepto de alimentos y gastos de desplazamiento para ejercitar el derecho de visita respecto de un hijo que creía era suyo y resultó no serlo. Se desestima porque no se trata de un supuesto de cobro de lo indebido ya que el actor abonó esas cantidades porque así lo ordenó una sentencia firme cuya nulidad no se ha instado mediante el correspondiente recurso extraordinario de revisión.

⁸ SAP de Cádiz, Sección 8.ª, sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995).

⁹ SAP de Cádiz, Sección 2.ª, sentencia 125/2008 de 3 de abril de 2008, Rec. 83/2007. Ponente: Antonio MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2008, 93624).

¹⁰ SAP de León, Sección 2.ª, sentencia 1/2007 de 2 de enero de 2007, Rec. 304/2006. Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (La Ley 2007, 1789). Se reclama la de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por la estimación de la acción de impugnación de la filiación matrimonial paternal. Daño moral por pérdida por el actor del vínculo biológico que en apariencia mantenía con la menor que pensó que era su hija. Actitud dolosa de la madre a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor. Es improcedente la reclamación por enriquecimiento injusto de la madre ya que constante matrimonio contribuyó a las cargas del matrimonio y prestó alimentos a la hija tras su separación, por señalamiento de una pensión alimenticia en el procedimiento matrimonial. Si hay un enriquecimiento injusto respecto al padre biológico, que quedó al margen del cuidado y de los alimentos de su hija, con el consiguiente empobrecimiento del demandante.

¹¹ SAP de Asturias, Sección 6.ª, sentencia 334/2009 de 28 de septiembre de 2009, Rec. 368/2009. Ponente: María Elena RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO (La Ley 2009, 210842). Se reclama el abono del exceso de alimentos como un cobro indebido en el seno de un proceso de ejecución forzosa seguido ante el Juzgado de Familia. Se acredita el abono de una cantidad superior a la debida, de forma que concurren los requisitos legalmente exigidos para que proceda el reintegro, al quedar acreditada la inexistencia de obligación de pago por parte del actor del exceso abonado sobre el importe a que ascendía la deuda por atrasos

de incremento de alimentos y pago de la mitad del crédito hipotecario. Pero se produce una compensación de créditos correspondientes a gastos por material escolar, al IBI y al seguro de la vivienda cuyo uso ostenta la demandada.

¹² SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 466/2007 de 5 de septiembre de 2007, Rec. 467/2007 (La Ley 2007, 170713). Daño moral sufrido por quien descubre que no es suyo un hijo nacido durante su matrimonio. Consta negligencia de la esposa en la procreación del hijo y dolo al ocultar a su entonces marido su no paternidad del niño, y sobre todo, al permitir que, conociendo que no era hijo suyo, y pese las dudas que aquel le puso de manifiesto, fuese inscrito como propio en el Registro, se le fijaran alimentos en la separación y se instara un proceso de impugnación de la paternidad. La indemnización asciende a 12.000 euros consecuencia del escaso tiempo de convivencia del actor con el menor, a su convicción, casi desde su nacimiento, de que no era hijo suyo, y a la no excesiva duración de todo el proceso hasta que tuvo la certeza de ello.

¹³ SAP de Les Illes Balears, Sección 3.^a, sentencia 392/2006 de 20 de septiembre de 2006, Rec. 395/2006. Ponente: María Rosa RIGO ROSSELLÓ. La Ley 2006, 135766. Decretada la no paternidad del demandante, se extingue la obligación de pago de alimentos a la menor. Se ejercita una acción de enriquecimiento injusto ya que consta un empobrecimiento y una falta de causa que lo justifique, pero falta el requisito de ausencia de causa justificativa, puesto que la demandada entregó las cantidades que ahora se reclaman para abonar la pensión alimenticia. Desde la sentencia que decretaba que el demandante no era el padre de la menor, solo consta demanda de modificación de medidas de divorcio, sin que conste otro acto interruptivo, por lo que la acción de reclamación de daños y perjuicios, ejercitada por el demandante, ha prescrito.

¹⁴ SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, sentencia 52/2012 de 29 de febrero de 2012, Rec. 268/2011. Ponente: José María TAPIA CHINCHÓN (La Ley 2012, 28449).

¹⁵ SAP de Toledo, Sección 2.^a, sentencia 396/2002 de 7 de noviembre de 2002, Rec. 190/2002. Ponente: Manuel Gutiérrez SÁNCHEZ-CARO (La Ley 2002, 185128).

¹⁶ SAP de Granada, Sección 5.^a, sentencia 253/2014 de 13 de junio de 2014, Rec. 16/2014. Ponente: José Manuel GARCÍA SÁNCHEZ (La Ley 2014, 142069). Acción de impugnación de filiación paterna con devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos del hijo acordada en la sentencia de divorcio e indemnización de daños morales fundada en culpa extracontractual. No procede la devolución de las cantidades satisfechas en concepto de pensión de alimentos toda vez que no concurren los requisitos necesarios para la apreciación del pago de lo indebido, y más en concreto, el consistente en la inexistencia de obligación entre el que paga y quien lo recibe. En cuanto a la indemnización de daños morales, la simple duda de la paternidad por parte de la esposa no es determinante de responsabilidad frente al esposo por el posterior descubrimiento de la auténtica filiación biológica, no apreciándose tampoco en la conducta de la demandada las circunstancias necesarias para emitir respecto de ella un juicio de reproche ético-moral suficiente para determinar el pago de la indemnización interesada.

¹⁷ SAP de Cádiz, Sección 8.^a, sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995).

¹⁸ SAP de Valencia, Sección 7.^a, sentencia 597/2004 de 2 de noviembre de 2004, Rec. 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2005, 59). Doña Adela R. y don Francisco L. conocieron, desde el primer momento, que los menores, Gabriel, Diego y Adela, no eran hijos del Sr. V., pese a lo cual, permitieron que se inscribieran en el Registro Civil como sus hijos, y que pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos a ello inherentes, actuación que repitieron con los tres niños y han mantenido desde 1996 hasta octubre de 2002, y en este actuar consciente, estimamos que radica el dolo de los demandados, que ha generado, al romperse el vínculo afectivo que nació entre los menores y el Sr. V. propio de una relación paterno-filial, un daño moral que debe ser resarcido.

¹⁹ SAP de Cádiz, Sección 8.^a, sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995).

²⁰ «En torno al Daño Moral existe ya un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece o sufre el perjudicado —o persona

allegada al mismo por vínculos afectivos o parentales—, por el acaecimiento de una conducta ilícita, y que por su naturaleza u ontología, no son traducibles en la esfera económica; en un intento de aproximación, y al amparo de una jurisprudencia que ha tratado progresivamente en acotar esas líneas integradoras: ...lo importante es que se demuestre o pruebe la realidad de tales daños tanto económicos como morales; y esta Sala (sentencia TS de 22 de mayo de 1995) no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivar “*nominatim*” el Tribunal “*a quo*” para integrar la siempre dificultosa noción del daño moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no solo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia...». STS de 22 de febrero de 2001. Rec. 358/1996. Ponente Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 2001, 3532).

²¹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de octubre de 1996, Rec. 184/1993. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 1996, 9948).

²² STS, Sala Primera, de lo Civil, de 22 de abril de 1983. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (La Ley 7777-JF/0000).

²³ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 25 de junio de 1984. Ponente: Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ (La Ley 49849-NS/0000).

²⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de junio de 1991. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 688-JF/0000). En un contrato de exposición de obra propia, la indemnización de daños morales procede cuando, en razón al sufrimiento y lesión a su sensibilidad artística, al ver mermada la integridad de sus pinturas, se la causó una grave lesión espiritual que no puede marginarse y que si bien es de difícil reparación, si se pueden minorar mediante compensación indemnizatoria.

²⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 27 de julio de 1994. Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (La Ley 1994, 17066).

²⁶ STS, Sala Primera, de lo Civil, de 3 de noviembre de 1995, Rec. 764/1992. Ponente: Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ (La Ley 1995, 11864).

²⁷ SAP de Valencia, Sección 7.ª, sentencia 597/2004 de 2 de noviembre de 2004, Rec. 594/2004. Ponente: María del Carmen ESCRIG ORENGA (La Ley 2005, 59).

²⁸ SAP de León, Sección 2.ª, sentencia 1/2007 de 2 de enero de 2007, Rec. 304/2006. Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (La Ley 2007, 1789):

²⁹ STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 30 de julio de 1999, Rec. 190/1995. Ponente: Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA (La Ley 1999, 11101). El quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúa más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

³⁰ SAP de Cádiz, Sección 8.ª, sentencia 88/2014 de 16 de mayo de 2014, Rec. 280/2013. Ponente: María Lourdes MARÍN FERNÁNDEZ (La Ley 2014, 94995).

³¹ La parte demandada a su vez interpone recurso de apelación al mostrar disconformidad con que la sentencia le haya condenado al abono de una indemnización por daños psicológicos y daños morales. Nos parece que es difícilmente el padecimiento psicológico independiente del daño moral causado: en la base del mismo está la afectación psicológica padecida y ambas indemnizaciones terminan por obedecer a los mismos hechos y se enlazan entre sí de manera inseparable. Y es que la afectación psicológica del actor no es nada más que una secuela del daño moral padecido.

La parte apelante niega la relación de causalidad, señala que el médico de cabecera no le ha visto ninguna patología y que es el carácter del apelado introvertido y obsesivo porque tiene un sustrato psíquico que le predispone a la depresión; además el psicólogo no puede afirmar con rotundidad que la causa sea conocer que no era cierta la paternidad por el tiempo transcurrido, también alude a la falta de culpabilidad respecto de este último extremo. Ya se ha contestado con anterioridad respecto al nexo casual el daño moral y/o psicológico existe, nos parece que es algo que está fuera de toda duda, de alguna manera es consustancial a situaciones como la descrita en la generalidad de los casos; de hecho es así contemplado por todas las Audiencias que se han pronunciado al respecto, y en el caso del actor también así ha sido. Disponemos del informe pericial del psicólogo, convenientemente ratificado y sometido a contradicción en el juicio, el juez *a quo* ha tenido en cuenta el informe del psicólogo de medicina legal que le diagnostica una sintomatología leve depresiva con síntomas de carácter hostil, indicando que el hecho de haber ostentado una paternidad que no es real le ha podido generar sentimientos de humillación que le han desestabilizado y que se encuentre en un estado en el que no reacciona ni afronta de forma flexible sus nuevas circunstancias. El médico de cabecera reconoce le ha tratado de ansiedad y depresión, pero desconoce los motivos, aunque es una ansiedad leve y moderada; así mismo y como señala la sentencia destaca que aunque se dicto sentencia que declaro la no paternidad continuaron las depresiones por abandono lo que indudablemente supuso un mayor sufrimiento e impotencia del Sr. Porfirio.

Llegados a este punto el problema queda circunscrito a la difícil cuestión de valorar el daño moral sin duda infringido. En este caso no resulta complicado pues la parte demanda nada acredita ni alega sobre la cuantía sino sobre la improcedencia y se ha aplicado las normas del baremo que son objetivas, debiéndose en consecuencia confirmar la sentencia en este extremo.

³² La Audiencia consideró inaplicable el artículo 1895 del Código Civil en este supuesto porque el cobro o su reclamación no se había producido a sabiendas de que se había perdido el derecho a percibir alimentos. Según la sentencia: «el pago de alimentos entre los años acotados hasta la sentencia que declara la no paternidad, lo es en cumplimiento de una sentencia que así lo determina; y esas cantidades (o la concreta de la menor cuestionada) lo es en cuanto que nacida dentro del matrimonio goza del carácter de hija de ambos, a quienes se les atribuye su paternidad; y alimentos sobre los que opera el principio jurídico de su no devolución en cuanto a las cantidades percibidas por las mismas. Existe, por tanto, una apariencia de probidad en el derecho al cobro y en la obligación de pago, que necesitaría para que operara contra quien los recibe (y no se olvida que lo son para consumir por quien aparentemente es hijo) que se acreditara la existencia de dolo en la reclamación o mala fe en los momentos periódicos de su percepción para que pudiera operar la posibilidad del reintegro a través del cobro de lo indebido, y los alimentos se deben hasta la sentencia que reconoce que la menor no es hija del actor».

1.2. Familia

¿Cuándo comienza a regir la comunidad universal matrimonial del Fuero del Baylío? La difícil interpretación, e integración, de una norma —aún— consuetudinaria (comentario a la RDGRN de 6 de mayo de 2015)

When double begins to govern the Baylio's universal community? Difficult interpretation, and integration, of a customary law (analysis of the RDGRN of May 6, 2015)

por

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA
Catedrático (acr.) de Derecho Civil
Universidad de Sevilla

RESUMEN: Desde hace mucho tiempo sigue siendo una cuestión debatida decidir el momento en que comienza a regir el régimen matrimonial de comunidad absoluta del denominado Fuero del Baylío. Recientemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 6 de mayo de 2015, cree que aquel comienza con la disolución del matrimonio. En cambio, el autor de este comentario considera que son muchas las razones para creer que aquel régimen comienza con la misma celebración del matrimonio; y cree, en cualquier caso, que la cuestión está todavía abierta al debate ante la inexistencia sobre ella de verdadera jurisprudencia, que solo podría proceder del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

ABSTRACT: Longtime remains a debated issue decide when it begins to govern the matrimonial regime of absolute community called Charter of Baylio. Recently, the Directorate General of Registries and Notaries, in its resolution of May 6, 2015, believes that begins with the dissolution of marriage. Instead, the author of this comment believes that there are many reasons to believe that that regime begins with the same celebration of the marriage; and believes, in any case, the question is still open to debate in the absence of her real jurisprudence, which could only proceed from the High Court of Extremadura.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Comunidad. Gananciales. Costumbre. Fuero del Baylío. Interpretación e integración de las normas.

KEY WORDS: Marriage. Community. Conjugal. Custom. Jurisdiction of Baylio. Interpretation and integration of laws.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA QUE AÚN HOY SUSCITA EL LLAMADO FUERO DEL BAYLÍO.—II. LA CONSIDERACIÓN —AÚN HOY— DEL FUERO DEL BAYLÍO COMO NORMA CONSUETUDINARIA: Y SU PARENTESCO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA. 1. LA REAL CÉDULA DE CARLOS III, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1778, Y LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, DE 15 DE JULIO DE 1805: EL FUERO DEL BAYLÍO Y LA CARTA DE MITAD COMO COSTUMBRES —SIMPLEMENTE— RECONOCIDAS EN AQUELLOS TEXTOS. 2. LA POSIBILIDAD DE PROBAR EL CONTENIDO DEL FUERO DEL BAYLÍO EXTREMEÑO POR SU HERMANAMIENTO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA, DESDE SU INTERPRETACIÓN ACTUALIZADA; Y LA CONSIGUIENTE DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE COMIENZA A REGIR LA COMUNIDAD UNIVERSAL EN QUE CONSISTE EL FUERO DEL BAYLÍO. 3. LA APLICACIÓN —SUPLETORIA O ANALÓGICA— DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES CONTENIDO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN DEL FUERO DEL BAYLÍO; Y, DE NUEVO, LA DETERMINACIÓN INICIAL DE SU VIGENCIA COMO COMUNIDAD UNIVERSAL. UNA CUESTIÓN —TODAVÍA— HUÉRFANA DE VERDADERA JURISPRUDENCIA —FORAL—.—III. BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL FUERO DEL BAYLÍO).

I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA QUE AÚN HOY SUSCITA EL LLAMADO FUERO DEL BAYLÍO

Frente al conocido régimen económico-conyugal de gananciales, que es de comunidad relativa o atemperada, pues junto al patrimonio común o ganancial hay patrimonios privativos de uno y otro cónyuge (*cf.*, arts. 1346 y sigs. del Código Civil), el denominado Fuero del Baylío hace referencia a un régimen económico-matrimonial de comunidad absoluta, universal o, como también se llama, de hermandad en el que, en principio, todos los bienes —muebles e inmuebles— adquiridos mediante cualquier título —oneroso o gratuito— por los cónyuges antes o después de celebrado el matrimonio se hacen comunes, de ambos esposos¹. Hay un dicho popular en Albuquerque, donde el Fuero del Baylío parece regir, que lo sintetiza como solo la sabiduría del pueblo sabe hacerlo: «¿Qué es el Fuero del Baylío? Que lo mío es tuyo, y lo tuyo mío»². Esto es, que solo existe lo nuestro entre marido y mujer. Mayor expresión económica del amor no cabe ser imaginada.

En esta idea, tan básica, coincide toda la doctrina científica que estudia el Fuero del Baylío. Pero en lo demás, casi todo en torno al llamado Fuero del Baylío son problemas. Uno de ellos concierne a su propio contenido activo y pasivo —si realmente todo, sin excepción, se hace común entre los cónyuges o hay ciertos bienes y deudas que escapan a esa regla—; otro punto conflictivo, consecuencia del anterior, atañe al concreto régimen de gestión de dicho patrimonio; otro, sin duda el que constituye el mayor de todos y que es el abordado por la RDGRN de 6 de mayo de 2015 que aquí comento, es el del comienzo mismo de este régimen matrimonial —si se hace efectivo con la celebración del matrimonio o con su disolución—. Mas, ¿por qué casi todo en torno al Fuero del Baylío es polémico, incierto, casi enigmático? Por los propios rasgos que siempre lo han caracterizado, incluso hoy; especialmente, por ser un Fuero —aún hoy— municipal y consuetudinario. Así lo ha venido a advertir, en cierto modo, la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «Pero habida cuenta que la fuente del Derecho que regula este Fuero, es la costumbre, el contenido del mismo, ciertamente está lleno de lagunas del Derecho en este punto, tales como si sus efectos jurídicos comienzan al momento de la celebración del matrimonio o en el momento de la disolución, si recae sobre bienes muebles o inmuebles o incluso todo tipo de bienes y derechos sean patrimoniales o no».

Ciertamente, en su origen y en sus primeros avatares, todos los Fueros de España fueron municipales, pero con el tiempo la mayoría de ellos o perecieron por su desuso, por no extenderse territorialmente, o se extendieron geográficamente para imperar en enteras regiones o provincias (los Derechos Civiles Forales aragonés, balear, catalán, navarro... que hoy conocemos). Pero el del Baylío, a pesar de sobrevivir a lo largo del tiempo, nunca consiguió expandirse a una íntegra provincia. Suele, vulgar y equivocadamente, decirse que el del Baylío es un fuero que se aplica en Extremadura, cuando, en verdad, solo parece regir en algunos pueblos o municipios, en concreto, de Badajoz; mas en ninguno de Cáceres³.

Además, el Fuero del Baylío es norma consuetudinaria, costumbre, norma no escrita. También es cierto que casi todos los Fueros antiguos, como casi todo el Derecho en su origen, fueron consuetudinarios, pero con el tiempo fueron convirtiéndose en norma escrita, en Ley. Así sucede con casi todos los Derechos Forales hoy vigentes en España. No ha sucedido así con el Fuero del Baylío, con la dificultad que ello implica para conocer su exacto contenido y su propia vigencia, todo lo cual, veremos más adelante, ha de probar quien pretenda la aplicación de dicho Fuero (*cfr.*, arts. 1.3 y 13.2 del Código Civil). Esta era, en opinión de don Federico DE CASTRO (en su *Derecho Civil de España*, pp. 248 y 249), la cuestión fundamental.

Otro rasgo que hace problemático este Fuero es su carácter inmemorial, es decir, el ser una costumbre tan remota, tan antigua, tan usada durante tanto tiempo, que se desconoce su origen, que no se tiene noticia cierta de su inicio. Lo advierte en varias ocasiones la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «El Fuero llamado del Baylío es una costumbre, de cuyos remotos orígenes no hay constancia cierta»; «El origen del Fuero del Baylío es una incógnita, habiéndose elaborado por la doctrina científica multitud de teorías». Y he aquí, precisamente, el problema principal, la cuestión clave a resolver y que arrojará la luz necesaria para, a su vez, aclarar todos los demás problemas antes citados. Aun reconociendo que ello es polémico, la RDGRN de 6 de mayo de 2015, acertadamente en mi opinión, aunque sin alegar razonamiento ninguno, parece aceptar, al menos, su hermanamiento con la Carta de meatade portuguesa, cuando dice (*in extenso*): «La opinión generalizada es que el Fuero del Baylío «...es una carta puebla facilitando el asentamiento en las tierras y lugares conquistados...». Se dice que el origen de los fueros y las cartas pueblas está en el intento de atraer durante la Reconquista, a zonas despobladas o fronterizas, personas que solo accederían a ello si se les concedían determinados privilegios. Así se entiende por «Derecho privilegiado local el conjunto de normas que con independencia de las generales, ya sea consuetudinarias o escritas, regulan la vida jurídica de los habitantes de una localidad o de varias de ellas, y las relaciones que existen entre esos habitantes con el rey, el señor u otras localidades. El Derecho local así entendido es privilegiado, esto es, que se debe aplicar con preferencia al Derecho general». (...) Sea una carta o un fuero, el contenido del Fuero del Baylío se refiere únicamente a determinados efectos económicos sobre el patrimonio de los cónyuges. (...) La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 127/93, considera al Fuero del Baylío como la versión castellana de la llamada «carta de meatade» portuguesa y dice: «Mayores problemas plantea fijar el tiempo en que puede iniciarse en territorio extremeño la aplicación de la costumbre de “meatade”, de neto e indudable “influjo portugués”».

Sin embargo, según parece a la RDGRN de 6 de mayo de 2015, tal afirmación no va a tener ninguna repercusión práctica, al considerar que el Fuero ha perdido ya hoy aquella naturaleza consuetudinaria por haber sido convertido en

ley. Es esta última afirmación, en mi opinión, la que contiene un error; que será, según creo, desencadenante del error que, luego, comete aquella resolución en la solución del principal problema que el Baylío plantea. Veámoslo.

II. LA CONSIDERACIÓN —AÚN HOY— DEL FUERO DEL BAYLÍO COMO NORMA CONSUECUDINARIA: Y SU PARENTESCO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA

1. LA REAL CÉDULA DE CARLOS III, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1778, Y LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, DE 15 DE JULIO DE 1805: EL FUERO DEL BAYLÍO Y LA CARTA DE MITAD COMO COSTUMBRES —SIMPLEMENTE— RECONOCIDAS EN AQUELLOS TEXTOS

Para conocer el posible origen histórico y, en parte, el contenido del Fuero del Baylío se han de tomar, como punto de partida, los dos únicos textos oficiales que en España existen sobre el mismo: por un lado, la —mal— llamada Pragmática de Carlos III, de 20 de diciembre de 1778; y, por otro, la Ley 12 del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación, promulgada el 15 de julio de 1805, bajo el reinado de Carlos IV, cuando ya por entonces en algunos países de Europa, como Prusia o Francia, se había iniciado el proceso codificador. A ambos textos hará referencia la RDGRN de 6 de mayo de 2015, pero, según creo, malinterpretándolos en su trascendencia y en su particular contenido.

Por lo que ahora y aquí importa, decía el primero de los documentos indicados, la «Pragmática» de Carlos III: «Don Carlos, por la gracia de Dios, rey de Castilla, de León, de Aragón, etc. Sabed: Que por don Alejandro Gutiérrez Durán, como Procurador Síndico, personero de la villa de Alburquerque, en la provincia de Extremadura, se me representó que habiéndose observado en dicha villa de tiempo inmemorial el Fuero nominado del Baylío, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier causa, se comunican y sujetan a partición como gananciales... por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos casados llevó al matrimonio o hubo durante él como antes de contraerse no se haya capitulado casar a Fuero de León», lugar donde regía el régimen dotal de separación. En este fragmento reproducido queda constatado que el Fuero del Baylío hace referencia a un régimen de comunidad absoluta, que es presunto, pues no requiere de pacto para regir el matrimonio⁴, e inmemorial o de origen tan lejano como ignorado. Y en un pasaje posterior seguía diciendo aquel texto de Carlos III: «...que, aunque no se encuentra el privilegio de dicho Fuero —de nuevo, su carácter inmemorial—, resulta que se observa en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, valles de su comarca —he aquí el carácter municipal del Fuero del Baylío— y en el vecino reino de Portugal con el título de ley de a metade, que fue concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal⁵; y que semejantes Fueros no están derogados por las leyes del Reino; antes bien se hallan preservados en ellas, especialmente por la I y VI de las —Leyes— de Toro» de 1505, que, respectivamente, se referían a la posible vigencia de fueros —municipales, incluidos—⁶ y de costumbres. Y terminaba diciendo algo más adelante aquel texto: «...se acordó expedir esta mi cédula, por la cual, apruebo la observancia del Fuero denominado del Baylío, y mando que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta

ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuero, si lo representasen los pueblos». Por su parte, la Novísima Recopilación no hace sino extractar y compendiar algunos pasajes de la Pragmática ahora reproducidos; de ahí la oportunidad de ahorrar su transcripción aquí en texto⁷.

A la vista de ambos textos, ante todo resulta imprescindible aclarar que no por la proclamación por escrito en ellos del Fuero del Baylío, este dejó de ser costumbre foral para convertirse en ley común, como en cambio llega a decir la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «Algunos de los primeros problemas que se nos presentan al hablar del Fuero del Baylío es el de determinar su naturaleza jurídica y comienzo de la comunidad, así como si estamos ante una ley en sentido amplio o ante una costumbre, ante un derecho consuetudinario. Con carácter general, se ha dicho que el Fuero del Baylío es una costumbre, que trata de tiempo inmemorial y que el pueblo ha venido observando a través de los siglos. Efectivamente, ello es cierto. Pero también lo es que en un determinado momento esta costumbre recibe el reconocimiento y la sanción por parte del Rey Carlos III, quien ordenó que todos los tribunales lo tuvieran en cuenta para la resolución de los pleitos que sobre particiones se les presentaran. Posteriormente, reinando Carlos IV, el Fuero del Baylío fue incorporado a la Novísima Recopilación. Siendo este, a juicio de varios autores, el momento en el que la costumbre adquiere rango de norma legal». Lo que de ser así, habría que estimar que las lagunas del Fuero, que en un texto anterior (antes transcrito) las estimaba como de una costumbre, lo son, en realidad, de una ley: una estricta laguna legal.

En mi opinión, no fue ello así. La propia Pragmática: por un lado, amén de que denomine al Baylío en varias ocasiones como Fuero solo aplicable en ciertas villas extremeñas, en su referencia a las Leyes I y VI de las Leyes de Toro de 1505 proclama la vigencia del Baylío como fuero local y como costumbre. Por otra parte, dicho texto de Carlos III no convierte al Fuero en ley, en norma escrita, porque, aunque suela hablarse de la «Pragmática» de Carlos III no es tal, sino Real Cédula, como a veces ella misma se denomina. No es, por tanto, ley regia, sino documento o instrucción que reconoce, respeta y ratifica —que no concede, ni crea *ex novo*—, para darle fijeza y prueba, la existencia previa y la vigencia, o subsistencia, posterior de una costumbre en ciertos lugares⁸.

No puede, desde luego, decirse lo mismo de la Novísima Recopilación, que sí fue Ley y, además, común, para todo el Reino de España, pero recopiladora de muchos fueros consuetudinarios (catalán, alavés, guipuzcoano, aragonés, navarro, vizcaíno, gallego, mallorquín...), que no por ello, como explica con detalle DE CASTRO, dejaron de ser norma foral ni costumbre⁹. No en vano, muchos de ellos sobrevivirían en 1889 a la promulgación del Código Civil cuando en su artículo 1976 quedaba derogado todo el Derecho Común, que por entonces era el de Castilla, incluida la Novísima Recopilación¹⁰.

Observada la pervivencia del Baylío como fuero municipal consuetudinario, la cuestión clave, para conocer su contenido, concierne a su propio origen. Tal cuestión es eludida en los textos indicados. Mas no debe haber objeción a tal silencio. La Real Cédula de Carlos III, que la Novísima Recopilación se limitó a extractar, no se dictó para determinar el origen del Fuero del Baylío, que ella misma confiesa ignorar al indicar varias veces su carácter inmemorial; ni siquiera se dictó para concretar su exacto contenido y alcance, sino para resolver un problema más concreto, el de la aplicabilidad del Fuero del Baylío en Alburquerque: ambos documentos hablan de la «villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de

los Caballeros, valles de su comarca y —añaden— demás pueblos donde se ha observado hasta ahora»; o sea, que hay más lugares donde se admite la vigencia del Fuero del Baylío, pero que la Real Cédula no cita por innecesario, porque no es la cuestión en ella a resolver¹¹. La cita, añadida, hecha en ella de Jerez de los Caballeros es por lo indudable de su sometimiento al Fuero del Baylío. Pero la cita, casi aislada, de Alburquerque obedece a la disputa que en esta villa se originó y que Carlos III zanjó; por entonces, durante la segunda mitad del siglo XVIII, los Tribunales de Alburquerque se habían venido negando a aplicar el Fuero del Baylío en lugar del Fuero de León, que regulaba un régimen económico-matrimonial dotal de separación¹².

Mas, ¿por qué fue un problema el de aplicar el Fuero del Baylío en Alburquerque? Porque esta villa nunca perteneció al Bayliato de Jerez de los Caballeros, sino, según cada momento histórico, a Portugal o a Castilla-León.

Y es, precisamente, su pertenencia al Reino de Portugal durante algunos periodos de su historia la que explica que en Alburquerque rija, incluso hoy día, un régimen económico-matrimonial de comunidad universal, la llamada Carta de meatade portuguesa, a la que la propia Real Cédula de Carlos III se refería en un pasaje arriba transcrito, cuando dice que el Fuero del Baylío se observa en algunas comarcas extremeñas «y —también, dice— en el vecino reino de Portugal con el título de a meatade, que fue concedido a la villa de Alburquerque por su repoblador, Alfonso Téllez, yerno de Sancho I, Rey de Portugal». Lo mismo puede decirse, según parece, de otros lugares, como La Codosera, como Ceuta, que fue portuguesa desde 1415 hasta 1640, o como Olivenza, donde se produce el litigio que llega a la RDGRN de 6 de mayo de 2015, y que en el año en que se dictó la Real Cédula, 1778, y ya desde 1297 hasta 1801, era portuguesa; de ahí su omisión en la Real Cédula, y en los expedientes, todos ellos de 1778, que precedieron a su redacción. En tales lugares, por tanto, nunca rigió el llamado Fuero del Baylío, sino la Carta de Mitad portuguesa.

Así parece admitirlo la RDGRN de 6 de mayo de 2015 (antes transcrita en este sentido); pero, en mi opinión, lo hace sin aprovechar ese dato para la solución del problema principal planteado en el caso, relativo al momento en que comienza a regir la comunidad universal en que aquel Fuero, y aquella Carta, consisten. Incluso llega a decir que tal cuestión es irrelevante: «Sea una carta o un fuero...».

2. LA POSIBILIDAD DE PROBAR EL CONTENIDO DEL FUERO DEL BAYLÍO EXTREMEÑO POR SU HERMANAMIENTO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA, DESDE SU INTERPRETACIÓN ACTUALIZADA; Y LA CONSIGUIENTE DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE COMIENZA A REGIR LA COMUNIDAD UNIVERSAL EN QUE CONSISTE EL FUERO DEL BAYLÍO

En casi todos los estudios existentes sobre el Baylío suele respirarse cierto aire pesimista por la dificultad de conocer y de probar el contenido de dicho régimen matrimonial en las zonas de Extremadura donde rige. Suele afirmarse que en Extremadura, para acreditar el contenido del Fuero del Baylío, sus vecinos civiles cuentan solo con aquellos dos textos —ya vistos arriba—: uno es la Ley 12, del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación, cuyo único mérito reside en compendiar otro texto, el de la Real Cédula de Carlos III de 1778, que si bien es más amplio que el de la Novísima, dado que su objeto fue el de resolver la aplicabilidad del Baylío en Alburquerque, contiene muchas lagunas y algunos equívocos, cuando no equivocaciones (*v. gr.*, su referencia a Alfonso Téllez), que,

precisamente, son los que han originado los problemas de interpretación de ambos textos que tanto atormentan.

Ahora bien, de admitirse, como parece hacer la RDGRN de 6 de mayo de 2015, la filiación natural que, por su común origen Franco-Borgoñón, existe entre el Fuero del Baylío extremeño y la Carta de Mitad portuguesa, que incluso fue la aplicada, con esa denominación, en algunos territorios de Badajoz (Alburquerque, Olivenza, La Codosera), además de los documentos españoles anteriores, ¿por qué no cabe acudir también para conocer el contenido del Baylío a las Ordenanzas portuguesas —a todas ellas (las Alfonsinas —las dos—, las Manuelinas, las Felipinas y también las Juaninas)—, e incluso al propio Código Civil portugués de 1867¹³, que recogía esa tradición consuetudinaria lusitana, transformándola —en este caso sí— en escrita, en Ley¹⁴? Ciertamente, estando ya derogadas todas esas normas y siendo, además, foráneas o extranjeras —por no ser españolas— para Extremadura, la única traba radicaría en la necesidad de alegar y probar su contenido, pues tampoco —como es sabido— para el Derecho extranjero, mucho más si ya está derogado en su país de origen, rige el principio *iura novit curia* (cfr., arts. 1.3 del Código Civil y 281.2 LEC). Pero, ¿qué problema hay en la necesidad de probar el contenido de esas normas, tan exhaustivas y ricas al describir y regular el régimen matrimonial de hermandad, en comparación con el de contar solamente con los escuálidos e imprecisos documentos españoles de los Carlos (III y IV)?

El principal problema que siempre ha planteado el Fuero del Baylío en los lugares extremeños donde se aplica, y que ha sido la preocupación y el objeto específicos de la mayoría de los estudios doctrinales existentes sobre dicho Fuero, se refiere al propio comienzo del régimen económico-matrimonial de comunidad universal, al momento mismo en que todos los bienes y todas las deudas se hacen comunes entre los cónyuges. El germen del problema radica, precisamente, en la equivocidad de la propia Real Cédula de Carlos III, cuando dice —reproduciéndolo así también la Novísima Recopilación— que «todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por qualquier razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales». A la vista de esta frase, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34), única que se ha pronunciado sobre esta espinosa cuestión —no creadora, por tanto, de jurisprudencia—, pero secundada por parte —la minoritaria— de la doctrina, por numerosas sentencias de Audiencias Provinciales extremeñas (aunque no por otras), y por la unanimidad de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (incluida la que aquí comento, de 6 de mayo de 2015), entendió que la comunidad empieza con la disolución del matrimonio, que por aquel tiempo, y prácticamente hasta la reforma del Código Civil en 1981, solo podía operar por la muerte de uno de los cónyuges, no ya, por supuesto, por el divorcio, ni siquiera por la declaración de fallecimiento (cfr., los antiguos artículos 52 y 195.3 del Código Civil y el vigente artículo 85 del Código Civil)¹⁵.

Decía, íntegramente, la STS de 8 de febrero de 1892: «Considerando que la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título 4.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos á partición como gananciales, ó sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo á la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por lo tanto, que durante el ma-

trimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio».

Con razón, en mi opinión, la mayoría de la doctrina, y también algunas sentencias de las Audiencias Provinciales extremeñas (como reconoce la propia RDGRN de 6 de mayo de 2015), han venido criticando tal interpretación de aquel pasaje de la Pragmática y de la Novísima Recopilación, entendiendo que el régimen económico-matrimonial, que no es solo régimen sucesorio o de partición hereditaria, contenido en el Baylío, comienza en el momento mismo de celebración del matrimonio¹⁶.

Con la intención de no dejar exhausto al lector con un gran listado de juristas que así piensan, baste aquí con apuntar sucintamente las más importantes razones que a la casi unanimidad de la doctrina lleva a criticar la opinión anterior: en cuanto a la expresión —del todo desafortunada, por equívoca— de la Cédula Real y de la Novísima Recopilación —la de que «se comunican y sujetan á partición como gananciales»—, suele hacerse la siguiente precisión gramatical: en dicha frase se contienen dos verbos y una conjunción copulativa que denota la existencia de dos momentos, y de dos efectos, distintos en la vida matrimonial: el primero, el «se comunican», que se refiere a los efectos del matrimonio tras su celebración; y, el segundo, el «se sujetan...», que se refiere a los efectos tras la disolución del matrimonio¹⁷. Además, conviene no olvidar, como quedó ya advertido (en el epígrafe II.1), que la razón de tal Cédula regia no fue la de hacer acopio escrupuloso del entero régimen del Baylío, sino la de pronunciarse acerca de su aplicabilidad en Alburquerque.

En lo sustancial, se alega por esta doctrina que ningún régimen matrimonial de comunidad universal —nacional o extranjero, pasado o actualmente vigente— ha fijado jamás el inicio de dicha comunidad en el momento de disolución del matrimonio¹⁸. Lo contrario es ilógico, irracional. El del Baylío, como cualquier otro sistema económico conyugal, aunque no sea el de comunidad absoluta, es régimen económico-matrimonial, no de sucesión o *mortis causa* (aunque la RDGRN de 6 de mayo de 2015 lo califique como «una comunidad *post mortem*»), sino por y para el matrimonio, entre los cónyuges y para los cónyuges, cuyo fin es —hoy más que nunca por su constitucionalidad (art. 14 CE)— la igualdad patrimonial de los cónyuges. De admitirse la interpretación del Tribunal Supremo, y de los que le siguen, se llegaría al absurdo de que la comunidad solo surte efectos en el interregno comprendido entre la disolución del matrimonio —que por entonces, insistimos, solo podía ser por muerte de uno de los cónyuges— y el momento de formalizarse las operaciones de liquidación de la comunidad. Se comunicarían, entonces, bienes cuando ya no hay cónyuges entre los que comunicar nada, pues la comunicación se haría entre el cónyuge supérstite o viudo —si lo hay— y los herederos del cónyuge premuerto. Y que si hubiera simultaneidad en la muerte de ambos cónyuges (*cfr.*, art. 33 del Código Civil), sería, entonces, un régimen económico matrimonial que regiría solo para los herederos de los cónyuges.

Estas son, en síntesis, las razones que mueven a buena parte de la doctrina a considerar que el régimen económico del Baylío, como cualquier otro régimen económico-matrimonial, principia con la celebración misma del matrimonio.

Sin la pretensión de añadir por nuestra parte nada nuevo a esta cuestión ya muy tratada, y en cierto modo manida, sobre la cual —como suele decirse— se han derramado ya ríos de tinta y vertido montañas de papel, hay un dato que, en nuestra opinión, ha pasado desapercibido para esta doctrina, y que abunda en la interpretación que ella mantiene: la de que la STS de 8 de febrero de 1892

es producto de su tiempo. Y es que por entonces, recién promulgado el Código Civil en 1889 y a lo largo de algún tiempo, casi toda la jurisprudencia formada en torno al régimen económico-matrimonial de comunidad, incluida la de gananciales o de comunidad limitada, entendía que dicho régimen comenzaba con la disolución del matrimonio. Comprensible puede resultar que así lo entendiera la STS de 1892, dada la equivocidad textual de la Novísima Recopilación; y recuérdese que dicha sentencia dice que el régimen del Baylío comienza «al tiempo de disolución de la sociedad —añadiendo— que es el momento en que, con arreglo a la legislación común —¡la del Código Civil!—, se determina este carácter». Porque en este punto el Código Civil, desde su origen —en 1889— y hasta prácticamente 1981 en que fue reformado, se mostraba también equívoco sobre el comienzo del régimen de gananciales al decir en su artículo 1392: «Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio —¡decía!—, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio». Y ello así a pesar de que el artículo 1393 del Código Civil —antes de su reforma en 1981— dijera con claridad que «la sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio». Sin duda, también el texto codificado podía provocar interpretaciones dispares, cuando no erróneas, como así le sucedió en un principio al Tribunal Supremo al entender que también el régimen de gananciales comenzaba con la disolución del matrimonio. Aquella redacción del Código Civil no sería modificada hasta 1981, en que se mejora en cierto modo (*cfr.*, art. 1344 del Código Civil vigente). Pero la corrección de fondo, para entender que el régimen de gananciales comenzaba con la propia celebración del matrimonio, se hizo ya mucho antes por el propio Tribunal Supremo en repetida y ya consolidada jurisprudencia, y ello sin necesidad de que se cambiara la redacción del antiguo y ya hoy derogado artículo 1392.

Así mismo, de acudirse al régimen documentado sobre la Carta de Mitad para conocer su mellizo, el Fuero del Baylío, no existiría ningún problema o, de haberlo, quedaría zanjado, despejado. Según las Ordenanzas Alfonsinas, las de 1446, y las Juaninas, de 1640, el régimen de comunidad o hermandad plena y universal entre cónyuges de la costumbre de Mitad se iniciaba con la consumación del matrimonio, esto es, con la cópula carnal¹⁹. Por supuesto, de regir hoy esta norma no habría de ser entendida al pie de la letra, sino entender que el comienzo del régimen coincide, en principio, con el himeneo, con el momento de celebración del matrimonio —como así dijo, adaptando aquella costumbre de consumación a su tiempo, el artículo 1117 del Código Civil portugués de 1867²⁰— conforme a los requisitos del Código (arts. 49 y sigs. del Código Civil), salvo que los contrayentes fijasen otro momento de inicio, siempre posterior a las nupcias, conforme a lo permitido en el artículo 1345 del Código Civil sobre gananciales, cuyo antecedente, el artículo 1393 del Código Civil (redactado en 1889 y vigente hasta 1981), fijó ya el inicio del régimen de comunidad ganancial en el instante de celebración del matrimonio frente a las normas anteriores que exigían la convivencia —el consuno— de los cónyuges para que comenzara a regir la sociedad de gananciales (*v. gr.*, Ley 17, Título II, Libro IV del Fuero Juzgo, y Ley 1.^a, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación). Esta interpretación actualizada de las Ordenanzas portuguesas obedece a que las costumbres, en cuanto normas jurídicas, pueden también interpretarse, como permite el artículo 3.1 del Código Civil, adecuándose a la realidad social del momento en que se aplican²¹. Obsérvese, además, como razón de lo prescrito en las Ordenanzas, que por entonces el Derecho Civil matrimonial era prácticamente coincidente, por

inspirarse en él, con el Derecho Canónico matrimonial, y que hasta el Concilio de Trento de 1523 el matrimonio no se perfeccionaba hasta que no se consumara la cópula carnal.

Por igual razón, cabe incluir hoy como momento de disolución, y de posible liquidación, del régimen del Baylío, no solo el de la muerte de algún cónyuge, sino también cuando la disolución del matrimonio se produzca mediante el divorcio²². Así lo dice, aunque al principio y de pasada, la propia RDGRN de 6 de mayo de 2015, al considerar que en virtud del Fuero del Baylío «Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, antes o después de su celebración, se convierten en comunes, como si fueran gananciales, y se parten por mitad —dimidio— llegado su fin, esto es, llegado el momento de la disolución de la sociedad conyugal, como consecuencia de separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges».

Otro de los problemas que suele plantear el Fuero del Baylío, a la hora de conocer su régimen, se refiere a la gestión (administración y disposición) del patrimonio común. Según la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, la de 8 de febrero de 1892, dado que según ella el Fuero del Baylío no rige hasta la disolución del matrimonio por muerte, antes de dicha disolución regiría el principio de gestión individual, por cuya virtud cada cónyuge gestionaría sus propios bienes, a salvo posibles limitaciones legales (como la del antiguo art. 1413 del Código Civil, o como hoy sería la del actual art. 1320 del Código Civil), o convencionales²³. También es la posición adoptada por la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «En consecuencia, el Fuero del Baylío... genera en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro».

Muy criticada también ha sido esta idea por la casi unanimidad de la doctrina —siendo por ello innecesario citarla—; dado que para ella la comunidad se inicia con la celebración de las nupcias, ha de regir, como regla, la cogestión, la gestión conjunta o en mano común de todos los bienes, precisamente por ser estos desde un principio comunes para ambos cónyuges. Tampoco hay aquí lugar a la disputa de recurrir a la hermana gemela del Baylío, la Carta de Mitad portuguesa.

Al haber, conforme a las Ordenanzas portuguesas, un único patrimonio, que es común a ambos cónyuges, desde el momento mismo de contraerse matrimonio, para la administración y disposición de tal patrimonio —decían las dos Ordenanzas Alfonsinas— rige el principio de cogestión o gestión conjunta, o en mano común, que ha de ser realizada o consentida por ambos esposos, quedando siempre a salvo la potestad doméstica o de las llaves (art. 1319 del Código Civil)²⁴. En esto, puede decirse sin incurrir en anacronismo ninguno, la Carta de Mitad, y por ende también el Fuero del Baylío correctamente interpretado, han sido revolucionarios, han ido siempre muy por delante del Derecho Común de Castilla, de inspiración romana, y de nuestro propio Código Civil, que hasta 1981 no aboliría para la gestión de los bienes gananciales la autoridad y la licencia maritales que reflejaban, e imponían, la superioridad —personal y económica— del marido sobre la mujer para su protección por ser la esposa el cónyuge más débil (*cfr.*, los antiguos, y ya derogados, arts. 57 a 61 del Código Civil frente a los arts. 1322, 1375 a 1377, entre otros, del Código Civil vigente). Quizá por ello el del Baylío fue un régimen adelantado, por precipitado o inadecuado incluso, a la realidad social de su tiempo.

Hacer otra interpretación del Fuero, no solo sería contrariar su propio contenido, sino también el impuesto legalmente por el del Código Civil en materia de gananciales, y para cualquier régimen de comunidad. Me explico:

3. LA APLICACIÓN —SUPLETORIA O ANALÓGICA— DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES CONTENIDO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN DEL FUERO DEL BAYLÍO; Y, DE NUEVO, LA DETERMINACIÓN INICIAL DE SU VIGENCIA COMO COMUNIDAD UNIVERSAL. UNA CUESTIÓN —TODAVÍA— HUÉRFANA DE VERDADERA JURISPRUDENCIA —FORAL—

Otro de los problemas que concierne al Fuero del Baylío ha sido el modo de colmar sus vacíos o lagunas. O, dicho de otro modo, amén de que al régimen del Baylío sean aplicables las normas pertinentes sobre el régimen primario (*v. gr.*, arts. 1315 y 1317 a 1323 del Código Civil), ¿cuál es el régimen supletorio o subsidiario del Fuero del Baylío? La doctrina responde, casi en unanimidad, siendo uno de los primeros en afirmarlo MADRID DEL CACHO (*op. cit.*, p. 17), que, por la analogía existente entre el régimen del Baylío y el de gananciales —pues ambos son de comunidad, aunque el primero universal y el otro limitado— (*cf.*, art. 4.1 del Código Civil) y por la aplicación supletoria del propio Derecho común para suplir las lagunas de los Derechos Forales (arts. 13.2 del Código Civil —fiel trasunto del originario art. 12.2 del Código Civil de 1889— y 149.3 CE), habrá que acudir a las normas del Código Civil español que regulan el régimen económico-matrimonial de gananciales, con las correspondientes adecuaciones para el régimen del Baylío. Así ya lo dice expresamente y con alcance general, para el Derecho portugués, el artículo 1734 de su vigente Código Civil²⁵.

Dicha aplicación normativa, sea analógica o supletoria, sin duda, me parece acertada: en principio, en el régimen del Baylío todo es común, cualquiera que sea la fecha de adquisición —antes o después de celebrado el matrimonio—, y cualquiera que sea la procedencia —onerosa o gratuita—, la naturaleza —mobiliaria o inmobiliaria— y la situación —el *locus*— de lo adquirido por cualquiera de los cónyuges²⁶. Sin embargo, cierta doctrina discute, acerca del Baylío, si hay o no que excluir de esa masa patrimonial común los bienes vinculados y los bienes personalísimos²⁷. Tal duda no existiría de acudir a la Carta de Mitad. En principio, como dicen todas las Ordenanzas regias lusitanas, el artículo 1108 del Código Civil portugués de 1867, e incluso el artículo 1732 del Código Civil portugués vigente, y como ya se advertía en los expedientes e informes previos a la Real Cédula de Carlos III, todo bien pertenece a ambos esposos en mano común²⁸. Pero junto a esta regla hay, sin lugar a la hesitación ni al debate, excepciones. Como decía el artículo 1109.1.º y 5.º del Código Civil portugués de 1867, y mantiene hoy el artículo 1733.1 del Código Civil portugués vigente, quedan excluidos de la masa patrimonial común: por un lado, los bienes personalísimos (*cf.*, para su significado, los números 5.º a 7.º del artículo 1346 del Código Civil español sobre el régimen de gananciales); y, por otro, los bienes vinculados, que por aquel entonces, durante el siglo XVIII y principios del XIX, era los mayorazgos, las capellanías y los patronatos²⁹. No obstante, habiendo ya desaparecido tales vinculaciones, hoy habría que estimar como bienes vinculados y, por tanto, como excluidos del activo patrimonial común, como así dice el artículo 1733.1 del Código Civil portugués vigente —en nota anterior reproducido—: las sustituciones fideicomisarias verticales (las de los arts. 781 a 785 del Código Civil español), las explotaciones agrarias familiares y las reservas hereditarias (las de los arts. 811 y 968 a 980 del Código Civil español).

Y así lo reconoce la RDGRN de 6 de mayo de 2015 cuando, sin acudir al Derecho portugués, aplica por analogía los artículos 1346 y 1347 del Código Civil para entender que, aun en el régimen del Baylío hay algunos bienes privativos (como los derechos y bienes personalísimos): «Por analogía, en los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, reguladores de la calificación de los bienes privativos y comunes en el régimen de la sociedad de gananciales, observamos que tanto los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles «*inter vivos*», así como los adquiridos por resarcimientos y ejercicio de determinados derechos (*v. gr.*, retracto), son de carácter privativo; ciertamente que en la comunidad del Fuero de Baylío se hacen comunes todos, pero de lo que se trata es de determinar si puede ser configurado el derecho de transmisión como un bien susceptible de propiedad o como un derecho personalísimo exclusivo en cualquier caso de los herederos de la fallecida que lo hizo sin aceptar o repudiar. Lo cierto es que el legislador los consideró como privativos por la difícil configuración de los mismos como comunes, lo que en el supuesto de este expediente, se pone claramente de manifiesto».

Pero, siendo ello así, ¿por qué la RDGRN de 6 de mayo de 2015 no ha aplicado también por analogía los artículos 1344 y 1345 del Código Civil para determinar el comienzo de la comunidad en el régimen del Baylío? Negar la aplicación de tales normas, para mantener la que solo literalmente se extrae de aquellos equívocos textos regios tan antiguos de Carlos III y de Carlos IV, sería mantener la aplicación de una norma que, errónea o acertada, legal o consuetudinaria, contraría lo dispuesto en una norma, sin duda, de rango legal y posterior en el tiempo, que se consagra en aquellos artículos 1344 y 1345 del Código Civil. Ni el carácter foral de aquella, ni su —pretendida— interpretación jurisprudencial, salva dicho obstáculo. A este último efecto, para que hubiera una —auténtica— jurisprudencia que por sí sola fuera bastante para mantener la interpretación que hoy hace la RDGRN de 6 de mayo de 2015, ya sea para mantener su sentido histórico (extraído de aquellos textos reales), ya sea para prueba de su posterior consolidación (a modo de una suerte de interpretación sociológica del Fuero del Baylío desde la jurisprudencia como manifestación de una nueva «realidad social», que permite el art. 3.1 del Código Civil)³⁰, habría de ser una jurisprudencia legítima en su origen, y uniforme o constante en su interpretación. Pero nada de ello acontece en el caso del Baylío: solo hay una STS (la de 1892) que se pronuncie sobre la cuestión, en la «jurisprudencia menor» extremeña hay disparidad de criterios, y aunque haya unanimidad en la «jurisprudencia registral», estrictamente, ninguna de ellas es origen legítimo de verdadera jurisprudencia sobre el Fuero del Baylío. Solo cabría que así lo hubiera si emanara del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, cosa que hasta la fecha, si no yerro, aún no ha sucedido, aunque la propia discrepancia habida entre las Audiencias Provinciales extremeñas hace ya tiempo que justificaría la interposición de un recurso de casación foral al respecto (*cf.*, los arts. 9.1.4.º y 50.2.b] de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura³¹).

Habría, pues, que tener paciencia, y esperar que sea esta la que ponga fin a un debate que ya dura demasiado tiempo. Solo entonces habrá una solución oficial al problema, y con independencia de que esta sea o no compartible, al menos habrá venido a poner un poco de orden, de seguridad jurídica, a la cuestión.

Así parece hasta reconocerlo la RDGRN de 6 de mayo de 2015, cuando finalmente parece secundar la posición «jurisprudencial» por mero mimetismo

hasta que otro pronunciamiento diga lo contrario: «... Y en virtud de las últimas sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, y hasta que se produzca otra resolución judicial, que con otros razonamientos se pronuncie en distinto sentido, hemos de concluir en que los efectos del Fuero del Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio».

III. BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL FUERO DEL BAYLÍO)

- ACEDO PENCO, A., El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2007, pp. 107-125.
- ARRIBA PORTALES, P., Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil, en *RCDI*, 1945, pp. 262-268.
- BECERRA PEÑAFIEL, E., Historia y Derecho en Ceuta: la pervivencia de la legislación y las instituciones portuguesas. El fuero del Baylío, en la obra colectiva *Ceuta en los siglos XVII y XVIII*, Ceuta, 2004, pp. 31-42.
- BENÍTEZ LÓPEZ, F., Extremadura y su Fuero del Baylío, en *Revista de Extremadura*, 1889, T. I.
- BORRALLA SALGADO, T., *El Fuero del Baylío. Estudio histórico-jurídico*, con prólogo de R. GÓMEZ DE VILLAFRANCA, Badajoz, 1915.
- BOZA VARGAS, J., El Fuero del Baylío, Fregenal, 1898 (recensionado por J. Morell y Terry, en *RGLJ*, 1898, p. 555).
- BUYLLA, J., El Fuero del Baylío y el Código Civil, en *Anales de la Universidad de Oviedo*, 1902-1903, T. II.
- CARVALLO, W. J., *Fuero del Baylío. Necesidad de una aplicación uniforme por los Registradores*, Madrid, 1879.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: El Fuero del Baylío: Su pervivencia y contenido en parte de Extremadura, en *RCDI*, 2003, pp. 2655-2698.
- El Fuero del Baylío: ¿Es aplicable hoy para los ceutíes?, en la obra colectiva *Ceuta en los siglos XIX y XX*, en la que se recopilan las IV Jornadas de Historia de Ceuta, editada por el Instituto de Estudios Ceutíes, Ceuta, 2004, pp. 345-384.
- CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E.: *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*, Madrid, 1964.
- Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Baylío, en *RDP*, 1973, pp. 109-126.
- *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974.
- El Título Preliminar del Código Civil y el Fuero del Baylío, en *RDP*, 1976, pp. 185-204.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, J., El Fuero del Baylío, en *Revista de Extremadura*, 1906, T. VIII.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del derecho foral de Extremadura: el Fuero del Baylío, en *La Ley*, 1999-2000, pp. 1702-1731.
- GARCÍA GALÁN, A., Antecedentes históricos del Fuero del Baylío, en *Poder Judicial*, 1990, pp. 53-72.
- HERRERO JIMÉNEZ, M., El Fuero del Baylío: origen histórico y vigencia, en *Revista de estudios económicos y empresariales*, 1996, pp. 133-146.
- JUANES PECES, A., El Fuero del Baylío: capacidad normativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura para legislar sobre dicho Fuero, en *Poder Judicial*, 1990, pp. 73-76.

- MADRID DEL CACHO, M., *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, con prólogo de A. De Cossío y Corral, Córdoba, 1993.
- MAHÍLLO SANTOS, J., Estudios sobre el Fuero del Baylío, en *Revista de Estudios Extremeños*, 1958, T. XIV.
- MARTÍNEZ PEREDA, M., El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Celtibérico, en *RCDI*, 1925, pp. 213-222 y 353-363.
- MINGUIJÓN, S., Fuero del Baylío, en *NEJ*, T. X, pp. 301-303.
- MOUTÓN Y OCAMPO, L., Fuero del Baylío, en *EJE*, T. XVI, pp. 694-699.
- PERALTA CARRASCO, M.: El llamado Fuero del Baylío: historia y vigencia del fuero extremeño, en *Cuadernos de investigación histórica*, 2000, pp. 7-18.
- La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, pp. 267-284.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta, en *ADC*, 1962, T. XV, pp. 999-1023.
- RODRÍGUEZ GIL, M, Fueros y desigualdades jurídicas entre ciudadanos: el Fuero del Baylío, en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 10, 1999, pp. 33-54.
- RUIZ GONZÁLEZ, F., Algunas cuestiones sobre el Fuero del Baylío, en *La Ley*, 1999, T. II, pp. 1680 y 1681.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, J.: ¿Por qué es necesario legislar el Fuero del Baylío?, en *AC*, 2000, T. II, pp. 503-526.
- De nuevo, el Fuero del Baylío, en *AC*, 2006, pp. 1781-1800.
- Los fundamentos generales del Fuero del Baylío y de los demás regímenes de comunidad universal de bienes en el matrimonio, en *AC*, núm. 1, 2013.
- El necesario punto de inflexión en la consideración del Fuero del Baylío, en *AC*, núm. 3, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, A., Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío, en *Revista de Derecho*, 2005, pp. 9-24.
- UREÑA, R., Derecho Foral», en *EJE*, T. XI, pp. 138-146.
- VILLALBA LAVA, M., *El Fuero del Baylío como derecho foral de Extremadura*, 2 vols., 2009.
- VILLARREAL, I., El Fuero del Baylío, en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 1929, T. LXIII.
- VVAA, *Panorama y sociedad: anuario de ciencia jurídica y sociología de la Asamblea de Extremadura. Jornadas sobre el Fuero del Baylío*, 1999.
- *Estudios sobre el Fuero del Baylío en memoria de D. José Soto García-Camacho*, Pamplona, 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., El Fuero del Baylío, vigente pero no viable, en *AC*, 1991, T. II, pp. 239-256.

NOTAS

¹ Como hace tiempo explicaban GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero ó librería de jueces, abogados y escribanos*, T. II, Madrid, 1841, p. 74, «en los pueblos en que está vigente el Fuero del Baylío... se comunican por mitad los cónyuges los bienes...de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna». No es, desde luego, el del Baylío el único régimen de comunidad universal que, con ciertas variaciones comparado con él, ha existido o aún existe en España. Así, por ejemplo, destacan el Fuero de Vizcaya (hoy vigente en los artículos 47 a 49 de la Compilación de Vizcaya y Álava); el Fuero de Eviceo (actualmente consagrado en las

Leyes 101 y 102 del Fuero Nuevo de Navarra); las Costumbres de Tortosa (con el llamado «agermanament» o «matrimoni di migper mig»); las costumbres catalanas de Gerona (con la llamada «querimonia») y del Valle de Arán (con el denominado «mitja guadaynería»); y los pactos de hermandad en Aragón y Navarra.

² Así lo expresó el Alcalde de Alburquerque, don Ángel VADILLO, en las Jornadas sobre el Fuero del Baylío celebradas los días 12 y 13 de noviembre de 1998 en Olivenza, otro lugar donde supuestamente rige dicho Fuero, y en que se produce el litigio que llega a la RDGRN de 6 de mayo de 2015.

³ Con exclusión *hic et nunc* de Ceuta, por no haber sido nunca extremeña, y siguiendo un estricto orden alfabético, la casi unanimidad de la doctrina, siendo por ello innecesario citarla, dice que el Fuero del Baylío ha regido y rige en: Alburquerque, Alconchel, Atalaya, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Olivenza, Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Tálaga, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valverde —de Burguillos—, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Villarreal, y Zahínos.

⁴ Así quedó ya advertido en el Informe de los Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, de 30 de julio de 1778, remitido al rey Carlos III: el Fuero del Baylío rige «salvo si al tiempo de contraer se contratase o pactare a otro fuero», añadiendo luego que «el Fuero del Baylío está en arbitrio de las partes, una vez que es voluntario contraer matrimonio y pactar con arreglo á otro fuero o ley, según resultara sin la precisión de ceñirse a lo que dispone el citado Fuero del Baylío». Y así seguiría siendo a lo largo del tiempo, como lo prueba que a mediados del siglo XIX insistan en ello GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *op. cit.*, p. 74, al decir que «en los pueblos en que está vigente el Fuero del Baylío —este— tiene lugar si no hubiera intervenido pacto en contrario».

⁵ En esa referencia a Alburquerque, la Real Cédula de Carlos III, por secundar en este punto lo dicho en el Informe de los Fiscales del Reino, yerra al decir que el Fuero del Baylío fue «concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal», cuando, como hoy es sabido por historiadores, Alfonso Téllez fue repoblador, no fundador, de Alburquerque, y difícilmente pudo ser yerno de Sancho II, cuando este no tuvo hijas legítimas; con quien contrajo matrimonio Alfonso Téllez, en segundas nupcias, fue con una hija de Sancho I, de Portugal.

⁶ Ya en la Ley 1.^a de las Leyes de Toro de 1505, se decía: «Son fueros municipales que cada ciudad, villa, ó lugar tuviere en lo que son, ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares».

⁷ No así en nota. Decía la Ley 12 del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación: «Apruebo la observancia del fuero denominado del Baylío, concedido á la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por qualquiera razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales; y mando, que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen á él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad ó transcurso del tiempo acreditase ser mas conveniente que lo que hoy se observa en razon del citado fuero, si lo representasen los pueblos».

⁸ Recuérdesse cómo terminaba la Real Cédula de Carlos III de 1778: «...se acordó expedir esta mi cédula —no dice mi Pragmática—, por la cual, apruebo —no dice concedo, otorgo...— la observancia del Fuero denominado del Baylío, y mando —que rija— en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora», o sea, como fuero consuetudinario ya existente desde antes. A mayor abundamiento, no aparece en el texto de Carlos III la cláusula estilo, de apertura o de cierre, propia por entonces de cualquier auténtica Pragmática: «bien así como si fuese hecha e ordenada e establecida e publicada en Cortes».

⁹ DE CASTRO, F., *op. cit.*, pp. 248 a 250. Refiriéndose, en concreto, al Baylío, decía DE COSSÍO en su prólogo a la obra de MADRID DEL CACHO, M. (*El Fuero del Baylío*).

Un enclave foral en el Derecho de Castilla, Córdoba, 1993, p. 4), que este Fuero «encuentra su consagración no tanto en la escueta norma de la Novísima Recopilación, como en la costumbre ininterrumpida de las gentes que desde hace siglos vienen aceptando el régimen de comunidad universal de bienes en sus matrimonios y que constituye una manifestación concreta de la fuerza creadora de los actos jurídicos, cuando los mismos gozan del universal asentimiento».

¹⁰ Rigiendo la Novísima Recopilación, el Tribunal Supremo, en el Considerando 1.º de su sentencia de 30 de junio de 1869 (Col. Leg., tomo de 1869, núm. 196), ya decía que la Real Cédula de Carlos III era meramente «aprobatoria de la observancia del Fuero del Baylío en Alburquerque y otros pueblos de Extremadura, donde ya regía». Por su parte, una vez ya promulgado el Código Civil en 1889, dirá la STS de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34) que la Novísima Recopilación como ley simplemente reconocía la vigencia de un Fuero que aún entonces «era costumbre»; y como «régimen consuetudinario matrimonial» sobrevive al Código Civil en 1889, dice la RDGRN de 10 de noviembre de 1926.

¹¹ Buena cuenta tuvo Carlos III de esas otras villas donde venía aplicándose el Fuero del Baylío. Para redactarse la Real Cédula de 1778, se tuvieron en cuenta: la petición o recurso, de 1777, de don Alejandro Gutiérrez Durán (*supra*, en el mismo texto de la Real Cédula citado); el expediente de 25 de febrero de 1778, del Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, don Miguel Antonio Bernabeu; el expediente de 21 de marzo de 1778, del Alcalde Mayor de Alburquerque, don Juan Antonio de Mata y Vallejo; y el Informe de los Fiscales del Consejo de Castilla, los señores Campomanes y Floridablanca. Y en tales documentos se decía ya, sin ánimo exhaustivo, que el Fuero del Baylío venía rigiendo en: Alburquerque, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, y en Zahínos.

¹² La ciudadanía se opuso a dicha regla en sustitución de la comunidad universal que implicaba el Baylío. Ante ello, don Alejandro Gutiérrez Durán, Procurador síndico y persnero de Alburquerque, recurrió en 1777 a Carlos III para que resolviese la cuestión en favor de la aplicación del Fuero del Baylío en aquella villa; como así se hizo. Así lo demuestran dos fragmentos de la Real Cédula de 1778: el primero, antes ya reproducido, con el que se comenzaba (recuérdese: «Don Carlos... Que por don Alejandro Gutiérrez Durán...»); y el segundo rezaba así: «Que dudándose al presente en algunos Tribunales de estos mis reinos sobre la subsistencia del referido Fuero, por decirse no estar aprobado por mi Real persona y ser contrario a las leyes, se da motivo para ruidosos pleitos y a que se reclamen las particiones consentidas...»

¹³ En efecto, aquella costumbre portuguesa fue reconocida y respetada —que no creada— en diversas Ordenanzas («Ordenações») de Reyes portugueses, cuyo valor jurídico equivalía al de nuestras Reales Cédulas antes explicado; de tal modo que no por tales resoluciones regías la Carta dejó de ser costumbre. Destacaron al respecto: las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII, cuya fecha concreta se ignora, pero que se sabe fue obra de Alfonso III, rey de Portugal desde 1246 a 1279; las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, de Alfonso V (1438-1481), llamado el «Africano» por ser sobrino del Infante Enrique el Navegante, conquistador de Ceuta en 1415; las Ordenanzas Manuelinas de 1521, otorgadas por Manuel I (1495-1521), llamado el «Afortunado»; las Ordenanzas Felipinas de 1595, de Felipe II, rey de España y de Portugal, cuando ambos reinos se unen desde 1580 a 1640; y, por último, las Ordenanzas Juaninas de 1640, obra de Juan IV, es decir, del Duque de Braganza proclamado Rey de Portugal tras rebelarse contra España y separarse, ya definitivamente, de ella en aquel mismo año de 1640.

Sin la necesidad de detenerse, por ahora, con detalle en el contenido de dichas Ordenanzas, tal vez haya que destacar dos ideas sobre ellas, y que en su lugar oportuno serán de utilidad: al principio, en las dos Ordenanzas Alfonsinas se dice que la Carta de meatade rige solo como régimen económico matrimonial pactado —que requiere de pacto entre los cónyuges para que rija su vida económica— 21 y que, geográficamente, solo es aplicada en parte de la Extremadura portuguesa, en el Alemtejo y en el Algarbe, o sea, en el sur de Portugal, mientras que en el norte rige el sistema de gananciales con arras 22. En efecto,

en el Título XI del Libro X de las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII se dice que «todo homén que quyser non casará por arras segunda ha costume de vulla se nom quyser, mauys cassará a meyade así como falarey...». Por su parte, el Título XII del Libro IV de las Ordenanzas Alfonsinas de 1446 comenzaba diciendo: «Costume foi en este Regnos, logamente usado e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido e a moler per Carta de meetade...». En cuanto a su ámbito espacial de aplicación, así lo explicaban las Ordenanzas Manuelinas en su inicio, cuando reproduce la petición de redactar unas nuevas ordenanzas ante los cambios experimentados por la Carta de Mitad: «Otro sí, Señor, sabrá V. A. Que en nuestros reinos, a saber, en Extremadura, en Alem-tejo y en el Algarbe, había una muy Santa costumbre... lo que Señor, era muy al contrario en las comarcas de Beira, y entre Douro y Miño, y Trallos Montes».

Luego, sin embargo, respondiendo al exitoso y generalizado uso de dicho régimen, según las Ordenanzas Manuelinas, Felipinas y Juaninas, la Carta de Mitad regirá ya en toda Portugal, haciéndolo como régimen patrimonial conyugal presunto, para cuando no hay pacto entre los cónyuges sometiéndose a otro régimen económico o para cuando, aun habiéndolo, el pacto es defectuoso. El Título VII del Libro IV de las Ordenanzas Manuelinas, de 1521, y casi reproduciéndolo el Título 46 del Libro IV de las Ordenanzas Felipinas de 1595, decía: «Todos os casamentos que forem feitos em nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos per Carta de metade, salvo quando entre as partes outra cousa for acordada e contratado, porque entonce se guardará o que entre ellos for concertado» («contratado», dirán, como único cambio en su redacción, las Ordenanzas Felipinas). Y así, como régimen presunto o de primer grado y con dicha extensión geográfica, se consagrará la Carta de Mitad en el Código Civil portugués de 1867 (arts. 1098 y 1099). Decía el artículo 1098 del Código Civil portugués de 1867: «Cuando falte este pacto, se entiende que el matrimonio se ha llevado a cabo según la costumbre del Reino...». Y añadía el siguiente precepto, el artículo 1099: «Si los esposos declarasen expresamente en su contrato que pretenden casarse según la costumbre del Reino, se atenderá a lo dispuesto en los artículos 1108 y 1124»; en el primero de estos últimos, el artículo 1108, se sintetizaba el contenido de la costumbre de mitad: «El matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley». Y en diversos lugares se refiere el Código Civil portugués de 1867 a la Carta de Mitad como «la costumbre del reino», ya de toda Portugal (*v. gr.*, arts. 1098, 1099, 1108,...). Entre nosotros, explicaba la STS de 28 de enero de 1896 (Col. Leg., tomo de 1896, núm. 30), que conforme «á la legislación portuguesa, que en razon á ser dichos bienes libres, son comunicables entre los esposos, nacidos y casados en aquel país, por ser dicha comunicación de derecho en los matrimonios de dicha nacionalidad, salvo pacto en contrario». No será ya así en el Código Civil portugués vigente (de 1966), donde el régimen de «comunidad general, como a partir de entonces se llama la antigua Carta de Mitad, solo es pactado (art. 1732 del Código Civil), mientras que, al igual que sucede en nuestro Código Civil (*cf.*, arts. 1316 y 1435.2.º del Código Civil español), el régimen legal supletorio de primer grado es el de gananciales, funcionando el de separación como régimen económico legal supletorio de segundo orden.

¹⁴ No en vano, ni por casualidad, el régimen del Baylío que ha sido en varias ocasiones proyectado legislativamente por algunas comisiones extremeñas (recuérdense, los Proyectos de ley de 1972, de 1978 y de 1993) coincide, en esencia, con el existente ya en las normas portuguesas, y no solo porque se hayan tomado estas y otras normas como modelo para redactar aquellos borradores de ley o de compilación, sino porque, como venimos reiteradamente diciendo hasta la saciedad, el Fuero del Baylío y la Carta de Mitad son dos significantes con igual significado.

¹⁵ Tal tesis es seguida, entre otras, por las RRDGRN de 19 de agosto de 1914 y de 11 de agosto de 1939, considerando esta última «que la institución jurídica conocida por Fuero del Baylío produce, según la jurisprudencia (*sic*), la comunicación de todos los bienes existentes en el momento... de la disolución del matrimonio y su división y adjudicación entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, a virtud del acto jurídico particional». La primera de ellas, la de 1914, decía en su Considerando 1.º que, «según lo declarado por el Tribunal Supremo en la expresada sentencia —de 1892—, la observancia del Fuero del Baylío en los pueblos en que es costumbre, no consiste en la comunidad de los bienes

desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales al disolverse la sociedad conyugal». A ellas, se sumarán las RRDGyN de 9 de enero de 1946 y la más reciente, que aquí comento, de 6 de mayo de 2015. En los tribunales extremeños secundan esta interpretación, entre otras, las sentencias de la AP de Badajoz, de 10 de mayo de 1993, de 4 de mayo y de 16 de junio, ambas de 2000, de 3 de abril de 2002,... En la doctrina siguen esa interpretación, BOZA VARGAS, J., *El Fuero del Baylío*, Fregenal, 1898, p. 26; VILLARREAL, I., *El Fuero del Baylío*, en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 1929, p. 747 y sigs.; MAHÍLLO SANTOS, J., *Estudios sobre el Fuero del Baylío*, en *Revista de Estudios Extremeños*, 1958, T. XIV, p. 159, y MOUTÓN Y OCAMPO, L., *Fuero del Baylío*, en *EJE*, T. XVI, p. 698. Tal vez esta interpretación de la Real Cédula de 1778 se deba también, tal vez —insistimos—, a la equívoca explicación que al respecto dio el tan seguido por todos GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 74, al decir que en virtud del Baylío «se comunican por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentren á la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna». No queremos decir que don Florencio opinase de la forma señalada por la STS de 1892, pero sí que quizá, solo quizá, en esa frase se encuentre el germen de la errónea interpretación hecha luego por aquella STS, y por las que la siguieron, sobre el equívoco pasaje de la Real Cédula de Carlos III.

¹⁶ Entre las sentencias que estiman el inicio de la comunidad de bienes y deudas con la misma celebración del matrimonio, destacan las sentencias de la AP de Cáceres, de 2 de noviembre de 1989, de 31 de diciembre de 1991 y de 10 de mayo de 1993, y la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000.

¹⁷ Añádase a ello que, en verdad, tal frase («se comunican y sujetan á partición como gananciales»), aunque tomada de la Real Cédula de Carlos III, no es propia de este, ni siquiera del Informe de sus Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, sino que son manifestación propia de don Alejandro Gutiérrez Durán, el Procurador y Personero Síndico de la villa de Albuquerque, en su expediente que promovió y dio como resultado aquella cédula regia.

¹⁸ En concreto, dice como compendio MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, p. 109: «En el Derecho histórico nacional y extranjero, en los casos en que actuaba la comunidad universal, se daba la siguiente casuística: (...) 1.º Comunidad iniciada al celebrarse el matrimonio: Fuero de Vizcaya (sic), Fuero del Baylío, Ordenações portuguesas, Costumbre de Sens y Costumbre de Auxerre —ambas francesas—. En cuanto a la comunidad universal paccionada, esta se consideraba iniciada con el matrimonio en la hermandad llana aragonesa y en el agermanament de Tortosa. (...) 2.º Comunicación originada con la consumación del matrimonio con la uñitas carnis: Costumbre de Palermo y Costumbres de la Alta Alsacia llamadas de la Ferrette. (...) 3.º Comunicación producida al año y día de matrimonio: Fuero de Eviceo. (...) 4.º Comunicación causada al nacer un hijo: Costumbres de Cerdeña, Corleone, Messina, Istria y Friuli, Costumbres de Flandes y Artois y Costumbres de Vrenin. (...) Así, pues —concluía— hay todo un elenco de soluciones»; mas ninguna de ellas, añadimos nosotros, atiende al momento de disolución del matrimonio.

¹⁹ Decían las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, en el segundo párrafo del Título XII de su Libro IV: «E este costume foi fundado em rason, ca pois que per bem do dito cotume, tanto que o casamento he consumado, a moler he feita meeira en todos os beés, que ambos han...». Por su parte, las Ordenanzas Juaninas de 1640, decían en el apartado primero del Título XLVI de su Libro IV: «E quando o marido, e mulher forem casados por palavras de presente a porta da Igreja, ou por licença do Prelado forra della, havendo copula carnal, serão meeiros en seus bens, e fazenda. E posto que elles queiraõ provar, e proven que forão recebidos á porta da Igreja, ou forra della com licença do Prelado, naõ seráõ meeiros».

²⁰ Decía el artículo 1117 del Código Civil portugués de 1867, ya derogado: «El dominio y posesión de los bienes comunes pertenece a los dos cónyuges ya durante el matrimonio...». Y, entre nosotros, la propia RDGRN, de 28 de enero de 1896, dirá que «el matrimonio en Portugal, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylío —sic—, produce la comunicación *ipso facto* entre los cónyuges de todos sus bienes presentes y futuros». Y así lo decía la STS de 28 de enero de 1896 (Col. Leg., tomo de 1896, núm. 30), aunque también refiriéndose al Derecho portugués y haciéndolo, no en sus Considerandos, sino en uno de sus Resultandos,

lugar donde —como es sabido— antes las sentencias del Tribunal Supremo hacían acopio y reproducción de las alegaciones de los litigantes. Y así se ha previsto en los diversos borradores legales extremeños del Baylío; decía el artículo 2 del Proyecto legal de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO (y así también el artículo 4 del Proyecto legal de 1978 dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA): «A virtud de la comunicación foral, se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles de cualquier procedencia, pertenecientes a uno de los cónyuges, tanto los que se aportasen al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia, y ello independientemente del lugar en que estén sitos los bienes muebles o inmuebles».

²¹ Soy consciente, sin embargo, de que hace tiempo SALVADOR CODERCH (en su Comentario al art. 3.1 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, dir. M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, p. 523), negaba que el artículo 3.1 del Código Civil pudiera aplicarse a las costumbres, como tampoco a los principios generales del Derecho, porque «ni son palabras a las que quepa atribuir sentido ni son texto que tenga un contexto». En su contra, y siguiendo al maestro DE CASTRO (p. 459), creo que toda norma es interpretable, y la costumbre y los principios, que son normas, también son susceptibles de interpretación, aunque por su carácter no escrito, «ofrecen sus propias dificultades interpretativas» (según decía el maestro). Que generalmente solo se hable de la interpretación de la ley, decía allí DE CASTRO, «se explica porque lo que más preocupa a la doctrina es el valor que en la organización jurídica tiene la ley y porque, en suma, por lo que se lucha en las discusiones teóricas es por la manera de asegurar o debilitar el monopolio jurídico del legislador». De ahí que en tantas ocasiones el Derecho se refiera en sentido amplio a la «ley», para entender incluida en ella a cualquier norma jurídica. Lo que, por cierto, no sucede con el artículo 3.1 del Código Civil al emplear la expresión de «norma» (aunque tampoco de este dato, meramente literal, creo que deba hacerse argumento). Más delicado, aún, es admitir que la costumbre pueda ser interpretada sociológica o evolutivamente, conforme a la «realidad social» a que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil. Con tal afirmación, sin embargo, no pretendo entrar aquí en la comparación entre costumbre y realidad social, cuestión en la que la doctrina defiende varias opciones (entre quienes, sobre todo en Francia —como SALEILLES y GENY, a quien aquel prologa [*Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, con Prólogo de R. Saleilles, Madrid, 1925]—, las identifican, y quienes, en España sobre todo —como CASTÁN, LACRUZ...; y con mayor detalle PÉREZ ÁLVAREZ [*Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005, pp. 63 y sigs., y 118 y sigs.]— las diferencia al ver en la costumbre una norma, no un mero hecho, que sirve para integrar lagunas legales, no para interpretar leyes ya existentes). Sin negar, por mi parte, que la realidad social contiene un concepto más amplio que el de costumbre, tampoco niego que la costumbre sea expresiva de una realidad social que, por su reiteración, uniformidad,..., se convierte en norma (no escrita), y que, como tal expresión o reflejo del consenso social, también pueda aquella cumplir una función interpretadora de la ley, de igual modo en que dicho reflejo social puede encontrarse imbuido en cualquier otra norma (escrita o no), que la regule (*cf.*, el art. 3.1 del Código Civil con el segundo párrafo del art. 1.3 del Código Civil, con ejemplos que la propia jurisprudencia proporciona). No es casual, a tal respecto, que cuando en Francia SALEILLES y GENY, a quien aquel prologa (pp. 33 y sigs.), defienden el papel de la costumbre como conformadora de la realidad social, no existiese en el *Code* norma alguna que le concediera a la costumbre papel alguno, ni interpretativo, ni tan siquiera integrador de la ley escrita. Al propósito de este trabajo, lo que sí cabe admitir es que la costumbre, como norma, también puede ser interpretada conforme a la nueva realidad social. Frente a la opinión contraria en tal sentido de SANTI ROMANO («Interpretación evolutiva», en *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. S. SENTIS MELENDO y M. AYERRA REDÍN, Buenos Aires, 1964, p. 212), así lo admiten, en Alemania, LARENZ, K. (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y revisión de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, 1994, pp. 354 y sigs.), diciendo que, a diferencia de la interpretación de la ley, en la de la costumbre «no se trata de la interpretación de un texto previamente dado, se trata más bien de formular lingüísticamente la norma indicada por la conducta social», y que esta puede hacerse desde la propia jurisprudencia como expresión de la convicción de

la opinión pública; así también, en Italia, autores como DEGNI (*L'interpretazione della legge*, con prólogo de B. Brugi, 2.^a ed., Nápoles, 1909, pp. 2 y 3), o BETTI (*Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de J. L. De Los Mozos, Madrid, 1975, pp. 306 y sigs.), o, entre nosotros, DUALDE (*Una revolución en la lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Barcelona, 1933, pp. 252 y sigs.). Decía, en efecto, BETTI (pp. 306 y 307): «Si el comportamiento consuetudinario, considerado en su tipicidad social, es informado por una máxima de conducta insertable en el ordenamiento jurídico, y si tal máxima se inspira a su vez en un criterio de valoración que constituye su *ratio iuris*, reflejando la *opinio necessitatis*, es claro que los criterios hermenéuticos para la interpretación de la ley en general encuentren, sin duda alguna, aplicación a las normas consuetudinarias... Al examinar la cuestión es preciso tomar en cuenta, también, a la sociedad contemporánea, al intérprete, no solo aquella en que la costumbre tuvo su génesis». Nuestra propia jurisprudencia muestra ejemplos de ello: uno es el de la STS de 20 diciembre 1984 (costumbre de comunidad germánica gallega), cuando afirma, en su Cdo.4.º: «Que lo precedentemente expuesto, conducente a la estimación del motivo segundo en que se apoya el recurso de casación de que se trata, viene corroborado por el resultado obtenido en juicio ya resuelto definitivamente con relación a otras de las parcelas afectadas por la indicada división realizada en el año mil ochocientos noventa y dos, reveladora de continuidad posesoria de adjudicatario en ella; aparte que si a tenor de lo normado en el párrafo primero del artículo séptimo del Código Civil, tienen amparo los derechos que se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, teniendo la consideración de costumbre «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad», cual establece el párrafo segundo del número tres del artículo primero del citado Código, unido a que en la aplicación de las normas jurídicas, como pone de manifiesto el párrafo segundo del artículo tercero del mencionado Cuerpo legal sustantivo, haya de considerarse la realidad social del tiempo en que son aplicados, atendido fundamentalmente el espíritu y finalidad de aquellos, es de apreciar que la singularidad de una distribución de dominio del monte en cuestión, con asignación de parcelas mediante operaciones particionales llevadas a cabo hace más de un siglo, con posesión indiscriminada entre los adjudicatarios de las parcelas asignadas conforme al ámbito temporal de disfrute que el terreno posibilitaba según sus características, no es significativo más que de una situación fáctica emanante de una manifestación comunitaria de disfrute en modalidad germánica arraigada en Galicia y singularizada, a efectos de atribución de dominio, mediante secuencias sucesorias y reflejo en partijas y transmisiones documentadas pública o privadamente y con efectividad provocada con actividades posesorias continuadas o intermitentes adaptadas a las características de la finca, su producción y posibilidades de disfrute». Y otro caso es el de la STS de 7 de marzo de 1992 (sobre solidaridad en el aval, o fianza mercantil), que se fundamenta en la «práctica mercantil», entre otros fundamentos, al decir, en parte de su Fto. D.º 3.º: «...además debe tenerse en cuenta el carácter mercantil de la fianza al estar constituida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su tráfico mercantil, lo que determina su carácter solidario «según la práctica mercantil y la jurisprudencia —sentencias de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969 y 16 de junio de 1970—, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil. Sin que por ello se desconozca cierta corriente jurisprudencial que entiende que la fianza mercantil no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la corriente casi unánime de la doctrina científica que lo entiende así; criterio este último que debe apoyarse en nuestra época, al amparo del artículo 3, párr. 1, del Código Civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros, y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicidad de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él» [sentencia de 20 de octubre de 1989]...».

²² No se queda ahí RUIZ GONZÁLEZ, F. («Algunas cuestiones sobre el Fuero del Baylío, en *La Ley*, 1999, T. II, pp. 1680 y 1681); también añade que puesto que ahora cabe la disolución del matrimonio no solo por muerte, sino también por divorcio, para evitar que los

cazadores se amparen en el Fuero del Baylío, en cuya virtud hay que repartir todos los bienes por mitad para su liquidación, propone como solución que para los casos de separación o de divorcio, la liquidación de la masa patrimonial común se posponga hasta la disolución matrimonial por muerte. En mi opinión, sin embargo, no existe tal peligro. Sobre todo, pudiendo ser tan cercana la ruptura a la celebración del matrimonio, si el interés en el divorcio es puramente económico, también lo fue el del propio matrimonio. Por eso, para evitar el engaño del cazadote, o de quien en general se case por conveniencia (sometiéndose al régimen del Bailío o cualquier otro de gananciales), basta con que el cónyuge demandado por aquel reconvenga pidiendo la nulidad matrimonial (por error, simulación,...), en cuyo caso siendo además de mala fe el cónyuge demandante, no podrá este beneficiarse del llamado matrimonio putativo (del art. 79 del Código Civil). No en vano tal posibilidad de reconvencción fue reforzada con la ley 15/2005 (en su reforma del art. 770.2.^a LEC).

²³ Decía literalmente esa STS que «durante el matrimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio» (*idem* la RDGRN de 19 de agosto de 1914), y añadía: «Considerando que esta inteligencia de la observancia citada —reproducida ya antes— es además conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado sino por las disposiciones expresas de las leyes ó por los pactos particulares y á la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarios al derecho común».

²⁴ En concreto, sobre la disposición de los bienes inmuebles, dice el Título XI del Libro IV de las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, siguiendo el Título XI del Libro X de las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII: «Mandamos que o marido não possa vender nem alhegar bens alguns de raiz sem procuraçao o expresso consentimento de sua moler...».

²⁵ Que dice: «Son aplicables a la comunidad general de bienes, con las necesarias adaptaciones, las disposiciones relativas a la comunidad de gananciales». Y así lo preveía, entre nosotros, el artículo 10 del Proyecto de Ley del Baylío de 1972, hecho en Extremadura bajo la dirección de MADRID DEL CACHO: «Para lo no previsto regirán como subsidiarias todas (sic) las normas de la comunidad de gananciales del Derecho Común».

²⁶ Así lo decía, recuérdese, la Real Cédula de Carlos III de 1778, reproducida en este extremo por la Novísima Recopilación: «...el denominado Fuero del Baylío, conforme al qual todos —dicelos bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por cualquier razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales... por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos cónyuges llevó al matrimonio o hubo durante él». Ya a finales del siglo XVI, ANTONIO AYERVE DE AYORA (*op. cit. loc. cit.*), decía que en el Reino de Portugal y en algunos lugares del Reino de Castilla «como es la villa de Alburquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuero de Portugal, se guardan non las leyes de Castilla, sino la Costumbre y Fuero de Portugal, que todos los bienes que se ganen y adquieren por cualquier título entre el marido y la *muger* son comunes; y lo mismo es en la dote de la *muger*, y en otros cualesquier bienes que el marido y la *muger truxeren*, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la *muger* y sus herederos». Y es que incluso todo lo adquirido por cada esposo antes de casarse se convierte *ipso iure* en patrimonio común por sucesión universal. Así, también, se preveía en el artículo 2 del Proyecto legal de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO (y así también en el artículo 4 del Proyecto legal de 1978 dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA): «A virtud de la comunicación foral se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles de cualquier procedencia, pertenecientes a uno de los cónyuges, tanto los que se aportasen al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia, y ello independientemente del lugar en que estén sitos los bienes muebles o inmuebles».

²⁷ Crean que sí han de excluirse tales bienes, para estimarlos como privativos de uno u otro cónyuge, CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 874; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Familia*, 2.^a edición, Madrid, 1974, p. 353, y VILLALBA LAVA, M., El Fuero del Baylío: el Derecho Foral de la Comunidad de Extremadura, en AC, 1996, T. III, pp. 665 y 666. Y en la jurisprudencia menor, así lo dice la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000.

²⁸ En cuanto a las Ordenanzas, como síntesis de todas ellas, dirá el apartado tercero del Título XLVI del Libro IV de las Ordenanzas Juaninas, de 1640: «...queremos que comuniquen

entre si todos os bens, que tiverem ao tempo do contrato do matrimonio, e todos os mais, que depois adquirirem, como se ambos fossen católicos». Mucho más tarde, dirá el artículo 1108 del Código Civil portugués de 1867: «El matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley». Y, actualmente, dice el artículo 1732 del Código Civil portugués vigente: «Si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley».

²⁹ El Código Civil portugués de 1867, tras decir en su artículo 1108 que: «el matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley», a continuación, decía en su artículo 1109: «Se exceptúan de esta comunión: 1.º Los censos, mientras no hayan adquirido la calidad de perpetuos... 5.º Los vestidos y ropas de uso personal de los esposos y las joyas esponsalicias entregadas por el esposo antes del matrimonio». Y, actualmente, el Código Civil portugués vigente, tras decir en su artículo 1732 que: «si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley»; añade en su siguiente norma, el artículo 1733: «Están exceptuados de la comunión: ...b) los bienes donados o dejados con cláusula de reserva o fideicomisaria, a no ser que la cláusula haya caducado; c) el usufructo, el uso o habitación, y demás derechos estrictamente personales; d) las indemnizaciones debidas por hechos verificados contra la persona de cada cónyuge o contra sus bienes propios; e) los seguros vencidos a favor de la persona de cada uno de los cónyuges o como cobertura de riesgos sufridos en bienes propios; f) los vestidos, ropas y otros objetos de uso personal y exclusivo de cada uno de los cónyuges, así como sus diplomas y su correspondencia; g) los recuerdos de familia de escaso valor económico». En cuanto a los documentos precedentes de la Real Cédula de Carlos III de 1778, el expediente de 25 de febrero de 1778, de don Miguel Antonio Bernabeu, Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, decía: «por el contrato matrimonial, así como se comunican los cuerpos de los contrayentes, igualmente se comunican los bienes... a excepción de los vinculados»; por su parte, el expediente de 21 de marzo de 1778, de don Juan Antonio de Mata y Vallejo, Alcalde Mayor de Alburquerque, hablaba del «Fuero del Baylío —sic—, reducido a hacerse comunes entre los cónyuges todos los bienes libres...». Y, finalmente, el Informe de 30 de julio de 1778, de los Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, se refería a la comunidad de «todos los bienes (excepto los vinculados)».

³⁰ A ello se refería, en general, LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 354 y sigs., creyendo que la costumbre puede interpretarse desde la jurisprudencia, que es a su vez expresión del derecho consuetudinario siempre que dicha jurisprudencia se fundamente en la convicción jurídica de la opinión jurídica (en su efectivo comportamiento social), y no solo en la de los juristas.

³¹ Dice, en efecto, en su artículo 9.1: «La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:... 4. Conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario». Y añade en su artículo 50.2: «El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura conocerá de los asuntos y ejercerá las funciones que en materia de derecho estatal establezcan las leyes del Estado y, en los términos previstos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de las siguientes cuestiones:... b) De los recursos de casación y revisión relacionados con el Fuero del Baylío».

1.3. Derechos reales

El control registral de transparencia y el préstamo responsable

*Registration control of transparency**

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El deber de información precontractual y la comprensión real por parte del deudor adherente en un contrato de préstamo con un consumidor, es uno de los pilares en los que se debe basar la concesión de préstamo responsable. Partiendo de la necesidad de un consentimiento informado, solo si el deudor conoce el alcance de las implicaciones y carga económica que dicho préstamo va a suponer para él, sabrá si está en disposición de dar su consentimiento al mismo, asumiendo las obligaciones pactadas de devolución.

Ese deber de información se basa en la transparencia constatada de las cláusulas de contrato de préstamo, que las hacen comprensibles. Pues bien, en este trabajo analizamos la labor de control de transparencia que pueden y deben llevar a cabo los registradores, en un contrato de préstamo hipotecario con un deudor consumidor. El control de transparencia efectivo y eficaz se convierte en un poderoso instrumento de la comprensión por el deudor del producto que contrata, y en definitiva, contribuye a la asunción voluntaria y sin duda, de un préstamo responsable en la parte que corresponde al deudor.

ABSTRACT: The duty to pre contract information and the real understanding by the debtor in a loan agreement with a consumer is one of the pillars on which to base the granting of responsible lending. Only if the debtor knows the extent of the implications and economic burden that the loan will mean for him, he will know if he is willing to consent to it, assuming the obligations agreed to return.

This duty of disclosure is based on the proven transparency of the terms of the loan agreement, making them understandable. Well, in this paper we analyze, the control work transparency can and should carry out the registrars, in a mortgage loan contract with a consumer debtor. The effective and efficient control of transparency becomes a powerful tool for understanding the debtor product, and ultimately contributes to the voluntary assumption and certainly a responsible part in the loan corresponding to the debtor.

* Este trabajo se encuadra dentro del Proyecto de investigación «Préstamo responsable y ficheros de solvencia» (DER 201346315), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y dirigido por D.ª Matilde CUENA CASAS.

PALABRAS CLAVE: Control de transparencia. Deber de información precontractual. Préstamo hipotecario. Préstamo responsable. Registro.

KEY WORDS: *Transparency control. Pre contract information. Mortgage loan. Land register.*

SUMARIO: I. EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y EL PRÉSTAMO RESPONSABLE.—II. EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO: 1. EL DEBER DE INFORMACIÓN LEGAL. 2. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS AGENTES.—III. CONTROL REGISTRAL DE TRANSPARENCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y EL PRÉSTAMO RESPONSABLE

Probablemente, el sobreendeudamiento de los particulares haya sido una de las causas o pilares de la reciente crisis económica en la que nos hemos visto —nos vemos— inmersos en los últimos años¹. La facilidad de acceso al crédito por parte de las personas físicas, la concesión de crédito sin atender realmente a la real capacidad de pago, sin evaluar su solvencia, sin contrastar en muchas ocasiones su capacidad financiera, ha generado un sinfín de impagos e incumplimientos que han conducido, entre otras causas, a una burbuja inmobiliaria y a una crisis importantísima en el sector financiero.

Esa concesión de préstamo fácil, puede calificarse como de «no responsable», tal y como establece la propia Directiva Europea 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial en su Considerando núm. 3, y es por tanto un objetivo primordial, el tratar de poner fin a esa concesión de préstamos fáciles, en eso se empeñan las últimas reformas legales y en concreto en la Directiva citada, buscando que el préstamo (necesario, siempre) sea responsable.

Creemos, por tanto, y dando la vuelta al argumento, que si se consigue la concesión de préstamos responsables, se pondrá fin —al menos en parte— al sobreendeudamiento del deudor persona física, aportando una solución y mejora en la salida de esta crisis. Pues bien, para ello, entendemos que el préstamo responsable puede ser aquel que se concierta, contrata y concede con seguridad, respondiendo a su propia finalidad: la devolución. Es decir, aquel que *a priori*, entendemos que va a ser devuelto, obligación principal del contrato de préstamo, y que por lo tanto, el que realmente corresponde a su propia esencia y función económica.

Para conseguir que el préstamo responda a su finalidad, y que en consecuencia el deudor pueda devolver aquello que se le prestó, es necesario que concurran, a nuestro juicio dos factores:

- a) La capacidad de pago del propio deudor: El deudor debe ser solvente y tener una capacidad de pago y económica suficiente para poder hacer frente a la obligación contraída. Capacidad que debe ser conocida y manifiesta por el acreedor.

- b) La voluntad de pago del deudor; no solo en el sentido de que quiera pagar, sino en el sentido de que su consentimiento a dicho pago sea real y verdadero, y no esté viciado de error o dolo, que le impidan realmente «querer» dicho préstamo.

Pues bien, como consecuencia de estas dos premisas, surgen dos deberes u obligaciones claros:

a) Deber de obtener información del deudor: el acreedor debe obtener la mayor información crediticia de su deudor, para asegurarse de que es buen pagador, y de que va a hacer frente a sus obligaciones. Debe indagar acerca de la solvencia del deudor; es la denominada obligación de evaluar la solvencia del deudor. En caso de que no lo fuera, no debería concederse dicho préstamo. Así se evita el incumplimiento. Igualmente el deudor está obligado a proporcionar toda su información patrimonial, con el fin de que se pueda evaluar su capacidad de pago.

b) Pero, además, surge el deber u obligación de información al deudor de todas las características del préstamo: objeto, riesgos, intereses, plazos, productos derivados..., y no solo se debe informar, sino que el deudor debe entender y comprender —y el acreedor asegurarse de ello— todas y cada una de las características de la operación crediticia. Solo si sabe y entiende qué va a firmar, podrá decidir voluntariamente (querer) si contrata o no.

Es decir, pretendemos poner en relación la importancia de un consentimiento bien formado con la concesión de préstamo responsable. Puesto que para que haya un préstamo bien concedido es necesario, además de evaluar la solvencia del deudor, que el deudor este bien informado del mismo y que su consentimiento se haya conformado debidamente sin que quepa error, desconocimiento o dolo, que anularían el contrato. Si esto se consigue, puede prevenirse el sobreendeudamiento del deudor; pues si él mismo conoce que no va a poder pagar; y las consecuencias de su incumplimiento, no contratará un nuevo préstamo, y por lo tanto, no estará sobreendeudado.

De este modo, sostenemos que no hay préstamo responsable si no hay debida información y formación de consentimiento del deudor.

Ese deber de información al deudor corresponde al acreedor, y debe hacerlo antes del momento de contratar, lo que se enmarca como un deber pre-contractual de información, necesario para la viabilidad del préstamo responsable, amén de una formación y educación financiera del deudor que contribuya a la válida formación de su consentimiento. Pero, en estas líneas vamos a centrarnos en ese deber de información precontractual al deudor; que no es sino una exigencia o concreción de los principios de transparencia y claridad propios de los contratos con consumidores.

En concreto, en este trabajo, vamos a analizar, no todo el deber de información precontractual al deudor, si no solo la labor de los registradores, o permítanme, «el granito de arena» que los registradores pueden aportar en la concesión de un préstamo responsable, a través de su función de control de transparencia de un préstamo en concreto, el préstamo hipotecario contratado con un consumidor, asegurando que el deudor ha sido debidamente informado del mismo, y de que comprende sus términos y condiciones.

Delimitamos de este modo el objeto de estudio: el control registral de transparencia en los préstamos hipotecarios, como herramienta en la concesión de un préstamo responsable.

II. EL DEBER DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

1. EL DEBER DE INFORMACIÓN LEGAL

Establecido el objeto de estudio, pasemos ahora a analizar en el concreto contrato de préstamo hipotecario con un deudor consumidor, a qué alcanza dicho deber de información: qué es de lo que debe informarse al deudor, y cuáles son las herramientas legales que se establecen para conseguir que el deudor entienda y comprenda el alcance de su préstamo.

Al tratarse de un deudor consumidor, obviamente el marco regulatorio será el de legislación de protección de consumidores y sus derivados en el ordenamiento registral y civil.

Analicemos, entonces, la normativa aplicable y qué es lo que establece cada una de estas normas con respecto al deber de información en el préstamo hipotecario.

1. Directiva 2014/17/UE sobre contratación de créditos celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial: En esta Directiva se dedica una especial atención a todo lo relativo al deber de información del deudor consumidor, para evitar errores cometidos en el pasado de concesión irresponsable de préstamos, y considera que esa falta de información y conocimiento por el consumidor de los productos de crédito hipotecario han sido también causa de la crisis. Con esta nueva normativa que fomenta la educación e información del consumidor se pretende como objetivo señalado en su Exposición de Motivos el «desarrollar por consiguiente un mercado interior más transparente, eficiente y competitivo mediante unos contratos de crédito coherentes, flexibles y equitativos en materia de bienes inmuebles, promoviendo a la vez la sostenibilidad de la concesión y la contratación de préstamos, así como la inclusión financiera, y proporcionando, por tanto, un nivel elevado de protección a los consumidores». Así, se dedica el capítulo 2, con un único artículo 6 a la Educación financiera, donde se establece que los Estados miembros fomentarán medidas de educación financiera. El capítulo 4 recoge todos aquellos aspectos sobre la información previa del contrato que se va a suscribir. De este modo, detalla en el artículo 13 la información general contractual que debe facilitarse siempre al deudor, y en el artículo 14 desarrolla el deber de información precontractual, que debe darse al deudor a través de las fichas europeas de información normalizada (FEIN), con el fin de que este pueda comparar los diferentes productos y ofertas de los prestamistas y los extremos a los que este debe alcanzar. El capítulo 6 se dedica a la obligación de evaluar la solvencia por parte de las entidades prestamistas. El desarrollo de esta Directiva paliará muchos de los defectos actuales en nuestro ordenamiento en cuanto al deber de información por parte del acreedor.

2. Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

En esta Ley se introdujeron varias modificaciones importantes de protección del deudor hipotecario en distintos aspectos, pero solo vamos a subrayar aquella que está relacionada con la necesidad de una mejor información y comprensión del deudor hipotecario. En concreto, se recogió en el artículo 6 de esta Ley, la necesidad de que en la escritura pública de préstamo hipotecario con un deudor persona física, y cuando la hipoteca recaiga sobre su vivienda habitual, y con ciertas circunstancias especiales (tipo interés variable, producto derivado de cobertura riesgo, o en divisas), que se recoja una expresión manuscrita del

deudor, en la que manifieste que ha sido advertido —informado— de los riesgos de dicho contrato².

3. Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. En esta Orden se encuentra la regulación más específica sobre la concesión de préstamo responsable, según nuestro concepto, pues establece tanto la obligación de evaluar la solvencia, como en el deber de información al deudor.

De forma general, en el artículo 6 se establece el deber general de información precontractual de forma gratuita al cliente, que debe alcanzar a todo aquello que sea necesario para la debida comprensión por el cliente y que pueda alcanzar una decisión informada. La información debe ser «clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa».

Además, y ya para el concreto ámbito que nos corresponde analizar, dentro del Título III dedicado a los contratos de créditos, préstamos y servicios de pago, dedica el Capítulo I al préstamo responsable y la obligación de evaluar la solvencia, y el Capítulo II a las normas relativas a los créditos y préstamos hipotecario. En ellas, establece unos amplios deberes de información precontractual, empezando por la necesidad de elaborar una Guía de Préstamo hipotecario, y también deberá elaborarse una Ficha de Información Precontractual (FIPRE), donde se recogerá toda la información clara y suficiente de los préstamos que se ofertan en general (art. 21), pero además, y una vez recabada la información financiera sobre el deudor concreto y sus necesidades de financiación, deberá hacerse una Ficha de Información Personalizada (FIPER), en la que se le dé, ya de forma individual y personalizada, la información concreta sobre el préstamo/s que le puede ofrecer, a fin de que el deudor pueda comparar con otras ofertas, y tome una decisión informada y fundada sobre si contrata o no el préstamo (art. 22)³.

Además, se especifica que se hará una oferta vinculante que recoja todos los extremos del préstamo, que figuran en la FIPER, y en los artículos 24 y 25 se hace una especial recomendación en la necesidad de informar al deudor de los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés, si existieran, así como en el artículo 25 de las cláusulas suelo-techo. Por último, en el Título III, se dedica a los tipos de interés, que deben quedar perfectamente determinados en cuanto a su clase, índice de referencia, duración, etc.

De este modo, se regula minuciosamente toda la información y advertencias que deben hacerse al deudor con el fin de que conozca y sepa qué está contratando y cuáles son sus principales consecuencias.

4. Ley 2/2009 de 31 de marzo por la que se regula la contratación con consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, con empresas que no son entidades de crédito. Esta Ley pretende la protección de los consumidores en sector financiero, y en concreto en la contratación de préstamos hipotecarios con empresas que no se encuentran reguladas y por tanto controladas por la normativa de supervisión bancaria. En esta Ley se establecen de manera prolija muchos de los deberes y obligaciones de estas empresas a la hora de ofrecer, celebrar y asesorar los contratos de préstamos hipotecarios, para que el consumidor esté debidamente informado. De este modo, destacamos, los artículos 4 y 5 que establecen la obligación de transparencia sobre los contratos, y los precios. El Capítulo II, destinado a regular la concreta actividad de contratación de préstamos o créditos hipotecarios, recoge en sus artículos 12 y 13 el alcance y contenido de la información comercial y publicidad de los folletos y comunicaciones co-

merciales, y el 14 establece los deberes de información precontractual de dichos contratos, detallando específicamente hasta donde alcanza⁴.

5. Texto Refundido de la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre. EL TRLDCU, en su artículo 16, establece un derecho de educación e información del consumidor, promovido por los poderes públicos. Y, ya en sede de contratos, en el artículo 60 se preocupa del deber de información precontractual, de forma que el acreedor debe informar al consumidor sobre los aspectos más relevantes del contrato, antes de su formalización: «deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas»⁵. Y por último y en cuanto a las condiciones generales de contratación, en el artículo 80 establece la necesidad de que las condiciones generales de la contratación tengan «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa,... Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido». Estableciendo el artículo 81, la obligatoriedad de que las empresas remitan el clausulado de sus contratos antes de la emisión a la Agencia Española de Consumo y Seguridad Alimentaria y Nutrición, para detectar la posibilidad de cláusulas abusivas, y en su párrafo segundo la intervención de notarios y registradores, estableciendo el deber que dichos funcionarios tiene de informar a los consumidores en los asuntos de su competencia.

6. También en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), tanto para contratos con consumidores como si no lo fueran, de sus artículos 5.5 y 7 se extrae la necesidad de que las condiciones generales se redacten de forma transparente, clara y comprensible y, si alguna de ellas no lo fuera, no quedará incorporada al contrato. Así se establece un nuevo control de transparencia y claridad.

De este modo, vemos que a nivel legislativo existen muchos preceptos que buscan y exigen la información clara al consumidor en los préstamos hipotecarios, dando debido cumplimiento al deber de información. Si el deudor, recibe claramente esa información, y la entiende, podemos decir que su consentimiento está bien formado y conformado, y solo entonces estará en disposición de contratar válidamente. Si se cumplen los deberes y obligaciones de información tal y como enumera la Ley, el deudor está en condiciones de poder entender el préstamo, y en consecuencia de contratar o no, lo que redunda en que si lo hace, ese préstamo concedido pueda devolverse, y por lo tanto sea responsable.

2. EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LOS AGENTES

Pero, además de las obligaciones legales que atañen al acreedor de deber informar, entendemos que otros agentes también deben colaborar en el cumplimiento de ese deber de información, pues la información ofrecida por el prestamista puede no ser suficiente para que el deudor consumidor entienda todo lo que en ella se establece.

Para ello, y en primer lugar, es preciso que se le expliquen y aclaren sus dudas, y que se compruebe que ha entendido lo que se oferta. Y después, en segundo lugar, debe existir algún control más que favorezca al deudor, y le proteja de las consecuencias de ciertas cláusulas no claras, o, poco transparentes,

que pueden suponer un coste o carga excesiva para el mismo. En definitiva, debe existir un deber de información al deudor, un control de inserción de las cláusulas, y de transparencia de las mismas, confirmando la comprensión del deudor de todas ellas. Deberes y controles estrechamente relacionados, en aras a conseguir esa protección del deudor, y la validez del préstamo contratado. Como dice el TS, en sentencia de 9 de mayo de 2013, solo desarrollando estos controles de información y transparencia se produce la correcta inserción en el contrato de las cláusulas generales contenidas en él ¿Cómo se consiguen estos controles?

1. Entendemos, tal y como por otra parte establece la Ley, que ese control del deber de información de los acreedores, corresponde a los notarios (art. 17 bis Ley Notariado y 147 de su Reglamento). Ellos son quienes deben velar porque se haya informado debidamente al deudor de las condiciones del préstamo, y de tratar de comprobar que el deudor ha comprendido el alcance de las consecuencias de su contratación, al otorgar la correspondiente escritura pública. Por ello el legislador establece, en varias normas, el deber de los notarios de dicha vigilancia. Esta es una de las aportaciones de los notarios en cuanto al control de transparencia en los préstamos hipotecarios de gran importancia para alcanzar la seguridad en el conocimiento y comprensión del deudor del préstamo, de cara a la concesión de un préstamo responsable no anulable, en caso de decidir contratarlo.

De este modo, el artículo 30 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, destaca la labor del Notario en cuanto al examen del cumplimiento de los deberes de información al deudor y de la comprensión por este de todos los términos y condiciones del préstamo⁶.

De igual forma el artículo 18.2 de la Ley 2/2009 de 30 de marzo, recoge la obligación de informar de los notarios al deudor de todos los extremos del contrato de crédito o préstamo⁷. Y, por último, el TRLDCU, en su artículo 81.2 establece la obligación de notarios y registradores de informar a los consumidores en los asuntos de su competencia.

2. Pero, no basta solo con controlar que se ha informado, informar a su vez y aclarar dudas, sino que, en aras de conseguir un préstamo responsable, entendemos que debe darse un nuevo control o protección a los deudores consumidores, en el sentido de que, aun habiendo sido informados y aclarados, debe exigirse el control de aquellas cláusulas no claras, o, poco transparentes, que pueden suponer un coste o carga excesivo para el deudor.

Este control, el de vigilar las cláusulas no claras, poco transparentes, o abusivas del contrato, corresponde a los notarios y a los registradores, tal y como establece el artículo 84 TRLDCU, puesto que denegarán las escrituras e inscripciones de aquellos negocios que incluyan cláusulas abusivas declaradas como tales por los Tribunales.

Asimismo, el artículo 18.1 de la Ley 2/2009 de 30 de marzo determina la obligación de los notarios y registradores de denegar las escrituras o inscripciones de préstamos o créditos hipotecarios cuando no cumplan la legalidad vigente, y por tanto, también cuando no se hayan cumplido los deberes de información, o cuando las cláusulas no sean claras.

El papel de los registradores en ese control de transparencia es importante. La detección de cláusulas abusivas, el alcance del ámbito de calificación respecto a las mismas, y la importante labor de los registradores en cuanto a ellas, es un tema que ya hemos abordado en otras ocasiones y en el que la labor del regis-

trador es clave, sin embargo, hoy queremos analizar si los registradores tienen potestad en el control de transparencia.

Es decir, sabemos que de forma más o menos amplia contribuyen al control de contenido del préstamo hipotecario, a través de la calificación registral y control de —al menos— ciertas cláusulas abusivas, pero ¿y antes? ¿Existe un control registral de transparencia de las cláusulas del préstamo hipotecario? ¿Cómo contribuyen al deber de información al deudor?

Es lo que vamos a ver.

III. CONTROL REGISTRAL DE TRANSPARENCIA

Consideramos que el registrador puede y debe contribuir al control de transparencia e incorporación de las cláusulas poco claras en el contrato de préstamo hipotecario que se pretenda inscribir.

Dicho control de transparencia e incorporación se extrae principalmente de la necesidad y exigencia de que el registrador controle que consta en la escritura de préstamo hipotecario la expresión manuscrita por parte del deudor, en la que manifieste que ha sido advertido —informado— de los riesgos de dicho contrato, tal y como establece el artículo 6 Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Esta exigencia legal atañe, por supuesto, al notario que será quien debe comprobar y autorizar dicha expresión manuscrita en la escritura, pero corresponde al registrador su control y examen posterior, cuando la escritura llegue al Registro para su inscripción. Y, entendemos —como ha puesto de manifiesto la DGRN y ahora analizaremos— que la falta de dicha expresión manuscrita en los casos previstos por la Ley debe conducir a una calificación negativa y, por tanto, al rechazo de la inscripción de la escritura por parte del registrador.

De este modo, el registrador contribuye a que el deudor esté correctamente informado, pues solo cuando conste en la escritura dicha afirmación, se podrá inscribir la hipoteca pretendida.

Este examen del registrador constituye básicamente el contenido del control de transparencia que a este cuerpo le corresponde, amen, del control del propio contenido del préstamo —cláusulas abusivas— cuyo análisis escapa de este trabajo.

Vamos a explicar los motivos y argumentos en los que nos basamos para hacer esta afirmación, recogiendo la más reciente jurisprudencia registral en torno a este tema.

Analizamos la RDGRN de 5 de febrero de 2014 que aborda esta cuestión y recoge lo ya adelantado por la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, y se manifiesta conforme a la posibilidad de que el registrador de la propiedad rechace la inscripción de un préstamo garantizado con hipoteca y con un instrumento de cobertura asociado, por no constar la expresión manuscrita a la que se refiere el artículo 6 Ley 1/2013.

La DGRN entiende que el Registrador debe entrar a calificar si dicha expresión consta o no, para conseguir la protección al deudor consumidor tal y como se colige del resto de la legislación de protección a consumidores, los pronunciamientos jurisprudenciales del TS y TJUE, como contribución al control de transparencia e incorporación que debe hacer el registrador.

El Centro Directivo afirma que debe hacerse una interpretación sistemática y teleológica de la exigencia del artículo 6 Ley 1/2013.

En cuanto a su finalidad, no debe olvidarse que esta norma está pensada para proteger al deudor consumidor en una situación actual de crisis económica, en la que puede perder su vivienda como consecuencia de una ejecución hipotecaria; y en cuanto a su interpretación sistemática debe ponerse en relación con toda la legislación de protección al consumidor y de mejora del mercado hipotecario, tal y como lo es la propia Ley en la que se inserta, a raíz sobretudo de la legislación europea (Directiva 13/93/CEE), y de las numerosas resoluciones del Tribunal de Justicia Europeo que han hecho modificar nuestra legislación en muchos aspectos.

Partiendo de estos criterios interpretativos, la Dirección General vincula la exigencia del artículo 6 con la protección al consumidor, y el deber de información que debe prestársele, para que conozca y comprenda el alcance de su contrato y la carga económica que el mismo puede suponer para él.

Con estas premisas, aplica los argumentos utilizados para defender la posibilidad de calificación de cláusulas abusivas por parte del Registrador puesta de relieve en varias resoluciones⁸, a la posibilidad de calificar la extensión o no de la expresión manuscrita de haber sido informado, como control de transparencia e incorporación que también corresponde al registrador⁹.

En concreto, esta resolución afirma, recogiendo la RDGRN de 13 de septiembre de 2013, que con respecto al control de transparencia, el registrador «no solo puede, sino que debe comprobar si han sido cumplidos los requisitos de información establecidos en la normativa vigente, pues se trata de un criterio objetivo de valoración de dicha transparencia».

A continuación, destaca uno de los razonamientos de la STS de 9 de mayo de 2013, en el que se afirma, haciendo una interpretación *contrario sensu* del artículo 42 de la Directiva 13/93/CEE, que es necesario que se controle si las cláusulas que hacen referencia al objeto principal del contrato están redactadas de forma clara y trasparente, pues solo cuando no sea así se someterán a control de abusividad. Se hace necesario, por tanto, controlar primero la transparencia de dichas cláusulas.

Y entiende el Centro Directivo que esa obligación de claridad y transparencia se consigue a través de un doble filtro, a saber:

- a) El primero es aplicable a todo contrato con condiciones generales de la contratación, con independencia de que en el mismo intervenga o no un consumidor, a través del llamado control de incorporación o inclusión de la cláusula al contrato (*vid.*, art. 7 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación), al que después volveremos.
- b) El segundo filtro, limitado al caso de los contratos con consumidores, se articula a través del control de transparencia, en relación con el cual la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, es elocuente al afirmar que «...el artículo 80.1 TRLCU dispone que “[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”».

Y con estos dos filtros, el Centro Directivo concluye que «lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/

CEE y a lo declarado por esta Sala en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del «error propio» o «error-vicio», cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la «carga económica» que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. 211. En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso 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. 212. No pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro. Máxime en aquellos casos en los que los matices que introducen en el objeto percibido por el consumidor como principal puede verse alterado de forma relevante».

Distingue, por tanto, el control de incorporación previo en cualquier contrato con condiciones generales de contratación, del control de transparencia propio de los contratos celebrados con consumidores, donde se insertan las cláusulas abusivas; siendo aquel necesariamente previo a este.

Y, afirmando la importancia de ambos controles, concluye que la exigencia del artículo 6 Ley 1/2013 debe enmarcarse en ese control de transparencia e incorporación, previo al control de contenido o abusividad, y que por tanto es esencial, y corresponde ejercer el registrador.

Posteriormente, las RRDGRN de 12 de marzo y, 8 y 27 de octubre de 2015 confirman esta tesis sobre el deber de control de transparencia del registrador, y repiten parte de los fundamentos de la resolución citada, en el sentido siguiente:

Estas resoluciones analizan supuestos parecidos y en ambas se dan los mismos fundamentos de derecho. Se parte de la inscripción de un préstamo hipotecario suscrito entre una entidad financiera y personas físicas, en cuyo clausulado se encuentra una cláusula relativa a un tipo de interés variable en el que se pacta como cláusula suelo del mismo el cero por ciento, por el que la parte deudora nunca podrá beneficiarse de los descensos a intereses negativos. Se plantea la cuestión en este caso de si es necesario que conste la expresión manuscrita de haber sido advertido de los riesgos del préstamo, según el artículo 6 de la Ley 1/2013.

Sin entrar a analizar aquí la cuestión sustantiva de si es o no procedente en este caso la expresión manuscrita, nos detenemos únicamente en analizar la reflexión que en la resolución se hace sobre la relación e importancia de dicha expresión con el deber de información y el control de transparencia registral.

A este respecto, la DGRN señala que cuestión distinta del control del contenido del préstamo y sus cláusulas abusivas, es la del control de transparencia de las cláusulas contractuales, y afirma que el registrador, sí debe llevar a cabo ese

control, repitiendo lo establecido en la RDGRN de 13 de septiembre de 2013 y recogido por la resolución ya vista de 5 de febrero de 2014.

De este modo, confirma que la expresión manuscrita del prestatario acerca de la comprensión real del riesgo que asume es un requisito especial para entender cumplida la necesaria transparencia en el contrato, y que su inclusión es de carácter imperativo (RDGRN de 12 de mayo de 2015). Afirma que el control previo de incorporación y transparencia viene reforzado por el artículo 6 Ley 1/2013, tendente a asegurar la comprensibilidad de las cláusulas por el deudor y debe prevalecer frente al mismo una «interpretación extensiva pro-consumidor en coherencia con la finalidad legal de favoreceré respectivamente la información, comprensibilidad y la protección de usuarios de servicios financieros». Por lo tanto concluye afirmando que «la falta de la expresión manuscrita provoca la ausencia de transparencia de la estipulación, y en consecuencia de su abusividad en los términos señalados por el Tribunal Supremo».

Es decir, se consolida la línea ya iniciada por la resolución de 13 de septiembre de 2013, continuada por la resolución de 5 de febrero de 2014, y se admite sin paliativos la relación y vinculación del artículo 6 Ley 1/2013 con el deber de información, y control de transparencia, cuyo cumplimiento compete a los notarios autorizantes, por supuesto, pero *a posteriori*, a los registradores que deben impedir la inscripción de un préstamo hipotecario realizado con una persona física, sin que conste tal manifestación, para conseguir así la comprensión deseada por el deudor, consecuencia del cumplimiento de los deberes de información y transparencia. Puesto que como afirma la propia resolución de 27 de octubre: «Es cierto, como ya señaló la Resolución de 12 de marzo de 2015, que de *lege ferenda* el control de transparencia debería entenderse cumplido con la manifestación expresa por parte del notario de haberse cumplido con las exigencias informativas y clarificadoras impuestas por la regulación sectorial, de que la cláusula es clara y comprensible y de que el consumidor ha podido evaluar directamente, basándose en criterios y explicaciones comprensibles, las consecuencias jurídicas y económicas a su cargo derivadas de las cláusulas contractuales predisuestas; añadiendo, si se estima conveniente, que expresamente este ha manifestado al notario la comprensión de las mismas en los supuestos especiales respecto a los que ahora se exige la expresión manuscrita. Pero como se ha expuesto anteriormente esta no es la situación legislativa y jurisprudencial vigente en el momento actual».

Los registradores, en consecuencia, pueden y deben contribuir con su función calificadoras a ese control de transparencia.

Creemos, a modo de recapitulación, que el control que pueden ejercer los registradores en este sentido, de controlar la constancia de la expresión manuscrita de haber sido advertido del riesgo que supone el contrato que se celebra, contribuye a que el contrato sea perfeccionado sin error en el consentimiento, y por tanto, que no pueda anularse por la existencia de dicho vicio. Puesto que no se puede olvidar, como ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia 15 de octubre de 2015, que aunque el incumplimiento de los deberes de información no comporte necesariamente la existencia del error vicio, puede incidir en la apreciación del mismo, y que «la información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento, bien entendido que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto y de sus riesgos asociados, pero no, por si solo el incumplimiento del deber de información».

Luego, si el registrador controla una vez más que el cliente ha sido informado de los riesgos, minimizamos la posibilidad de su error, y en este sentido,

podemos decir que ese control registral favorece también, o es una medida preventiva en la concesión de préstamo responsable entendido en el sentido ya expuesto, de aquel préstamo que se concede válidamente y que se va a poder devolver.

IV. CONCLUSIONES

I. El préstamo responsable puede ser aquel que se concierta, contrata y concede con seguridad, respondiendo a su propia finalidad: la devolución. Es decir, aquel del que, *a priori*, entendemos que va a ser devuelto, obligación principal del contrato de préstamo, y que, por lo tanto, el que realmente corresponde a su propia esencia y función económica.

II. Para la concesión del préstamo responsable es importante, como medida preventiva que favorece el mismo, el deber de información al deudor y el control de transparencia de las cláusulas del préstamo hipotecario; asegurándonos de este modo de la comprensión y asunción del deudor de las implicaciones del mismo. Es decir, pretendemos poner en relación la importancia de un consentimiento bien formado con la concesión de préstamo responsable. Puesto que, para que haya un préstamo bien concedido es necesario, además de evaluar la solvencia del deudor, que el deudor esté bien informado del mismo y que su consentimiento se haya conformado debidamente sin que quepa error, desconocimiento o dolo, que anularían el contrato.

III. De este modo, todo control del cumplimiento del deber de información, y de la transparencia del contrato es parte fundamental en la concesión de préstamo responsable.

IV. La ley regula de forma prolija el deber de información del acreedor al deudor en el préstamo hipotecario, estableciendo el contenido y alcance del mismo y las consecuencias de su incumplimiento. Pero, además, establece control de dicho deber de información y transparencia a cargo de los notarios y registradores de la propiedad.

V. El control de transparencia e información de los registradores de la propiedad, en los préstamos hipotecarios, se realiza a través de la calificación de la escritura de préstamo hipotecario, donde debe constatarse que en ella se recoge la manifestación del deudor de haber sido informado de los riesgos del préstamo que está contratando, tal y como exige el artículo 6 de la Ley 1/2013 de medidas de protección de deudores hipotecarios.

VI. Podemos afirmar que la constancia de la expresión manuscrita del prestatario acerca de la comprensión real del riesgo que asume es un requisito especial para entender cumplida la necesaria transparencia en el contrato.

VII. Y por lo tanto, el control que pueden ejercer los registradores en este sentido, contribuye a que el contrato sea perfeccionado sin error en el consentimiento, y que, en consecuencia, no pueda anularse por la existencia de dicho vicio. En consecuencia, podemos decir que ese control registral favorece la concesión de préstamo responsable, siendo una de las medidas preventivas importantes a la hora de procurar dicha concesión.

VIII. El control de transparencia y del deber de información por parte de los registradores es parte importante en la nueva reorganización financiera que debe evitar los errores cometidos en el pasado que condujeron al sobreendeudamiento del deudor y a la crisis financiera actual.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de junio de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 15 de octubre de 2015
- RRDGRN de 10 de octubre de 2010
- RRDGRN de 11 de enero de 2011
- RRDGRN de 8 de junio de 2011
- RRDGRN de 16 de agosto de 2011
- RRDGRN de 4 de noviembre de 2011
- RRDGRN de 21 de diciembre de 2011
- RRDGRN de 13 de septiembre de 2013
- RRDGRN de 18 de noviembre de 2013
- RRDGRN de 5 de febrero de 2014
- RRDGRN de 3 de octubre de 2014
- RRDGRN de 24 de octubre de 2014
- RRDGRN de 12 de marzo de 2015
- RRDGRN de 12 de mayo de 2015
- RRDGRN de 8 de octubre de 2015
- RRDGRN de 27 de octubre de 2015

VI. BIBLIOGRAFÍA

CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. En: Prats Albentosa, L y Cuena Casas, M. (coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*. Pamplona: Aranzadi Thomson-Reuters, pp. 27-93.

GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2016). Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras. *RCDI*, núm. 754, marzo-abril, pp. 968-985.

NOTAS

¹ CUENA CASAS, M. (2014). El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar. En: Prats Albentosa, L y Cuena Casas, M. (coords.), *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*. Pamplona: Aranzadi Thomson-Reuters, pp. 27-93.

² Artículo 6. Fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios:

1. En la contratación de préstamos hipotecarios a los que se refiere el apartado siguiente se exigirá que la escritura pública incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

2. Los contratos que requerirán la citada expresión manuscrita serán aquellos que se suscriban con un prestatario, persona física, en los que la hipoteca recaiga sobre una vivienda o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios contruidos o por construir, en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza;

b) que lleven asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés, o bien;

c) que se concedan en una o varias divisas.

³ Artículo 21. Ficha de Información Precontractual.

1. Las entidades de crédito deberán proporcionar a los clientes que soliciten cualquiera de estos servicios, información clara y suficiente sobre los préstamos que ofertan. Esta información, que será gratuita y tendrá carácter orientativo, se facilitará mediante la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) que figura en el anexo I.

2. La Ficha de Información Precontractual estará a disposición de los clientes de préstamos, de forma gratuita, en todos los canales de comercialización utilizados por la entidad.

Artículo 22. Ficha de Información Personalizada.

1. Las entidades de crédito, una vez que el cliente haya facilitado la información que se precise sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, proporcionarán a este la información personalizada que resulte necesaria para dar respuesta a su demanda de crédito, de forma que le permita comparar los préstamos disponibles en el mercado, valorar sus implicaciones y adoptar una decisión fundada sobre si debe o no suscribir el contrato. Esta información se facilitará mediante la Ficha de Información Personalizada (FIPER) que figura en el anexo II.

2. La Ficha de Información Personalizada se entregará a todos los clientes de préstamos, de forma gratuita, con la debida antelación y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por cualquier contrato u oferta.

3. Toda información adicional que la entidad facilite al cliente figurará en un documento separado, que deberá adjuntarse a la Ficha de Información Personalizada.

⁴ Artículos 12, 13 y 14 Ley 2/2009, de 31 marzo:

Artículo 12. Comunicaciones comerciales y publicidad

1. En la publicidad y comunicaciones comerciales de las empresas y en los anuncios y ofertas exhibidos en sus establecimientos abiertos al público en los que se ofrezcan préstamos o créditos hipotecarios, siempre que se haga referencia al importe del crédito o préstamo o se indique el tipo de interés o cualesquiera cifras relacionadas con el coste del crédito o préstamo, las empresas deberán mencionar también la tasa anual equivalente, mediante un ejemplo representativo, así como aquellos otros extremos que, siendo compatibles con la legislación sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores, reglamentariamente determinen las comunidades autónomas.

2. En el caso de que la comunicación comercial se refiera a la agrupación de distintos créditos o préstamos en uno solo, deberá facilitarse información de forma clara, concisa y destacada de cualquier tipo de gastos relacionados con la citada agrupación. Además se prohíbe hacer referencia a la reducción de la cuota mensual a pagar, sin mencionar de forma expresa el aumento del capital pendiente y el plazo de pago del nuevo préstamo o crédito.

Artículo 13. Folleto informativo sobre préstamos o créditos hipotecarios

1. Las empresas deberán informar obligatoriamente a los consumidores que soliciten préstamos o créditos hipotecarios mediante la entrega gratuita de un folleto en el que conste la información prevista en el artículo 14.1.a) y con el contenido mínimo del anexo I de la orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

El consumidor podrá conservar en su poder el folleto, aun cuando opte por no concertar el préstamo o crédito con la empresa.

Las referencias a la orden de 5 de mayo de 1994, se entenderán realizadas a la orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE 29 de octubre).

2. El folleto informativo indicará con claridad los gastos preparatorios de la operación, tales como asesoramiento, tasación, comprobación de la situación registral del inmueble, u otros que sean a cargo del consumidor aun cuando el préstamo o crédito no llegue a otorgarse, así como los demás extremos que, siendo compatibles con la legislación comunitaria sobre la materia, determinen las comunidades autónomas reglamentariamente. La información sobre estos gastos es vinculante cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación del servicio.

3. La información sobre el resto de los gastos, tipos de interés, tarifas o comisiones respetará lo dispuesto en el artículo 5, indicando expresamente el carácter orientativo de aquellos que estén sujetos al resultado de la negociación y a las condiciones concretas de la operación que se contrate.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en materia de publicidad y prácticas desleales.

Artículo 14. Información previa al contrato

1. La empresa deberá suministrar de forma gratuita al consumidor, con una antelación mínima de cinco días naturales a la celebración del contrato y, en todo caso, antes de que asuma cualquier obligación derivada de la oferta o del contrato de préstamo o crédito hipotecario, al menos la siguiente información:

A) en cuanto a la propia empresa:

1.º identidad, número o código de identificación fiscal, razón social, domicilio social y actividad principal de la empresa.

2.º en su caso, página web de la empresa y su carácter de franquiciado.

3.º póliza de seguro de responsabilidad civil o aval y entidad aseguradora o de crédito con la que se haya contratado.

4.º el registro, autonómico o estatal, en el que la empresa esté inscrita y su número de registro.

B) en cuanto al préstamo o crédito hipotecario ofrecido:

1.º una descripción de las principales características del contrato de préstamo o crédito.

2.º el precio total que debe pagar el consumidor a la empresa con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través de la empresa o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, así como la tasa anual equivalente expresada mediante un ejemplo representativo.

3.º una advertencia que indique que el préstamo o crédito ofrecido está relacionado con instrumentos u operaciones que implican riesgos especiales, tales como que el precio del contrato se incremente de manera significativa, ya deriven de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control de la empresa y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros. En todo caso, el consumidor; a través de tal advertencia, deberá obtener un conocimiento adecuado de los riesgos asociados a la financiación de estas operaciones, con especial referencia al riesgo de tipo de interés asumido.

4.º la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través de la empresa o que no los facture ella misma. No obstante en el caso de que estos gastos fueran causados por entidades o personas designadas por la empresa deberá hacerse constar cuáles son y su cuantía.

5.º las modalidades de pago y de ejecución.

C) en cuanto al contrato de préstamo o crédito hipotecario:

1.º los supuestos en que existe el derecho a obtener una oferta vinculante conforme a lo previsto en el artículo 16, su duración y las condiciones y modo para ejercerlo.

2.º información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes para resolver el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a la legislación que resulte aplicable y a las condiciones del contrato, incluidas las compensaciones que pueda contener el contrato en ese caso.

3.º en cuanto a los medios de reclamación, a qué sistemas de resolución extrajudicial de conflictos puede el consumidor tener acceso y cómo puede acceder a ellos.

4.º lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, en este caso a elección del consumidor; cuando esta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

5.º legislación y tratamiento tributario aplicable al contrato.

2. La información prevista en este artículo se prestará por escrito o en cualquier soporte de naturaleza duradera que permita la constancia de la fecha de su recepción por el destinatario y su conservación, reproducción y acceso a dicha información.

3. El incumplimiento de los requisitos relativos a la información previa que se deriven de los contratos, así como los relativos al suministro de dicha información previa, que se

establecen en este artículo, podrá dar lugar a la invalidez de los contratos, de acuerdo con lo previsto en la legislación civil, sin perjuicio de la integración de los contratos conforme a lo previsto en los artículos 61 y 65 del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

4. Las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia de consumo, podrán determinar reglamentariamente cualquier otra información, compatible con la legislación comunitaria sobre la materia, que la empresa deba comunicar al consumidor de forma previa al contrato.

⁵ TRLDCU artículo 60 información previa al contrato

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

a) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.

b) la identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

c) el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

d) los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

e) además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

f) la duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

g) la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

h) la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

i) la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

j) toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

k) el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad —cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en

cantidades determinadas—, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en un soporte material.

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano.

⁶ Artículo 30 Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios:

Acto de otorgamiento.

1. En materia de elección de notario se estará a lo dispuesto en el Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y demás disposiciones aplicables.

2. El cliente tendrá derecho a examinar el proyecto de escritura pública de formalización del préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento. El cliente podrá renunciar expresamente, ante el notario autorizante, al señalado plazo siempre que el acto de otorgamiento de la escritura pública tenga lugar en la propia notaría.

3. En su condición de funcionarios públicos y..... [4]. Asimismo, los notarios informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberá:

a) Comprobar si el cliente ha recibido adecuadamente y con la suficiente antelación la Ficha de Información Personalizada y, en su caso, si existen discrepancias entre las condiciones de la oferta vinculante y el documento contractual finalmente suscrito, e informar al cliente tanto de la obligación de la entidad de poner a su disposición la Ficha de Información Personalizada, como de aceptar finalmente las condiciones ofrecidas al cliente en la oferta vinculante dentro del plazo de su vigencia.

b) En el caso de préstamos a tipo de interés variable, comprobar si el cliente ha recibido la información prevista en los artículos 24, 25 y 26, y advertirle expresamente cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que el tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere el artículo 27.

2.º Que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo inicial el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores.

3.º Que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre:

i) Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.

ii) Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

c) Informar al cliente de cualquier aumento relevante que pudiera producirse en las cuotas como consecuencia de la aplicación de las cláusulas financieras pactadas. En particular deberá advertir de los efectos que la existencia, en su caso, de periodos de carencia tendría en el importe de las cuotas una vez finalizados tales periodos; así mismo, advertirá de la previsible evolución de las mismas cuando se hubieran pactado cuotas crecientes o cuando se hubiera previsto la posibilidad de interrumpir o posponer la amortización del préstamo.

d) Informar al cliente de la eventual obligación de satisfacer a la entidad ciertas cantidades en concepto de compensación por desistimiento o por riesgo de tipo de interés en los términos previstos en los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

e) En el caso de que el préstamo no esté denominado en euros, advertir al cliente sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

f) Comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato impliquen para el cliente comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

g) En el caso de hipoteca inversa deberá verificar la existencia del correspondiente asesoramiento independiente. En caso de que la formalización de la hipoteca inversa se

realice en contra de la recomendación realizada por el asesoramiento independiente, se deberá advertir de este extremo al cliente.

h) Informar al cliente de los costes exactos de su intervención.

⁷ Artículo 18.2 Ley 2/2009 de 30 de marzo: deberes notariales y registrales:

2. En particular, los notarios informarán al consumidor del valor y alcance de las obligaciones que asume y, en cualquier caso, deberán:

A) comprobar si existen discrepancias entre la información previa al contrato, las condiciones financieras de la oferta vinculante del préstamo o del crédito y las cláusulas jurídicas y financieras del documento contractual, advirtiendo al consumidor de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación.

B) en el caso de préstamo o crédito a tipo de interés variable, advertir expresamente al consumidor cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

1.º que el índice o tipo de interés de referencia pactado no sea uno de los oficiales a los que se refiere la disposición adicional segunda de la orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Las referencias a la Orden de 5 de mayo de 1994, se entenderán realizadas a la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (*BOE* 29 de octubre).

2.º que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo inicial el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores.

3.º que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes, salvo que resultara de aplicación lo dispuesto en el artículo 84 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, en cuyo caso procederá conforme lo indicado en dicho precepto.

C) en el caso de préstamos o créditos a tipo de interés fijo, comprobar que el coste efectivo de la operación que se hace constar a efectos informativos en el documento se corresponde efectivamente con las condiciones financieras del préstamo o crédito.

D) en el caso de que esté prevista alguna cantidad a satisfacer al prestamista con ocasión del reembolso anticipado del préstamo o crédito, o que dichas facultades del consumidor se limiten de otro modo o no se mencionen expresamente, consignar expresamente en la escritura dicha circunstancia, y advertir de ello al consumidor.

E) en el caso de que el préstamo o crédito esté denominado en divisas, advertir al consumidor sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

F) comprobar que ninguna de las cláusulas no financieras del contrato implican, para el consumidor, comisiones o gastos que debieran haberse incluido en las cláusulas financieras.

⁸ Véanse los argumentos esgrimidos en las RRDGRN de 10 de octubre de 2010, 11 de enero, 8 de junio, 4 de noviembre, 16 de agosto, 21 de diciembre de 2011 y, también en 18 de noviembre de 2013, 5 de febrero de 2014, y las más recientes 3 y 24 de octubre de 2014, que se comentaron en el trabajo realizado por mí: «Ámbito de la calificación registral en las cláusulas financieras», *RCDI*, núm. 754, pp. 968-985.

⁹ Afirma la resolución lo siguiente: «esta misma doctrina (la de la DGRN en torno a la posibilidad de calificación por el registrador de cláusulas abusivas), *a fortiori*, resulta aplicable al control previo de inclusión y transparencia de los contratos con condiciones generales de la contratación, pues se trata de un control previo al del contenido o abusividad, cuyo análisis en relación con las cláusulas de los contratos de préstamos hipotecarios relativos al objeto principal del contrato, y en particular en relación con las cláusulas de interés variable y las relativas a su composición o determinación, o las a ellas asociadas ha sido abordado en profundidad por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013».

1.4. Sucesiones

El cambio de sesgo en la jurisprudencia en torno a las causas de desheredación en el Derecho común español

The change of bias in the jurisprudence on the causes of disinheritance under Spanish law

por

LOURDES GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR

Doctoranda en la UNED

RESUMEN: Tras las reciente doctrina del Tribunal Supremo en materia de desheredación, el presente artículo reflexiona sobre la posibilidad de reconocer nuevas causas de desheredación.

Abstract: Following the recent Supreme Court doctrine in disinheritance matter, this article reflects on the possibility of recognizing new cases of disinheritance.

PALABRAS CLAVE: Legítima. Desheredación. Herencia. Abandono familiar. Maltrato psicológico.

KEW WORDS: *Freedom of testation. Disinheritance. Legitimal inheritance. Psychological abuse.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.—III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS MÁS RECIENTES.—IV. BREVE RESEÑA DE LOS ORDENAMIENTOS FORALES.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

A raíz de los recientes y novedosos pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de desheredación, en el presente trabajo nos ha parecido oportuno realizar un acercamiento a esta institución y a la legítima; temas que nos servirán para entrar en un debate más profundo: el de la libertad de testar. Además nos permitirá reflexionar sobre algunas cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho de sucesiones y de familia.

La desheredación y la legítima, estrechamente vinculadas, tienen una honda tradición histórica en España. Ambas instituciones, desde la redacción de nuestro

Código Civil en 1889, han sufrido ligeras modificaciones manteniendo su esencia. La vigente regulación, tanto de la legítima como la desheredación, viene presidida en términos generales, entre otros, por el fundamento de la solidaridad familiar, consecuencia de la protección de la familia.

Es sobradamente conocido en el Derecho común español, al igual que en otros sistemas normativos de nuestro entorno, que determinados parientes del causante gozan de la condición de legitimario¹.

En efecto, la legítima según el artículo 806 del Código Civil, es la porción² de bienes de los que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados parientes del causante, llamados, por ello, herederos forzosos.

En este sentido, el artículo 813 del Código Civil dispone: *El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley*. Como claramente nos explica (SALAS CARCELLER. A., 2014³), podemos definir la desheredación como una sanción civil por la que el legitimario pierde su condición de heredero; o como tradicionalmente se ha definido (LASARTE. C., 2014⁴), se trata de una disposición testamentaria a través de la cual se priva a un «heredero forzoso» o legitimario de su derecho de legítima en virtud de alguna de las causas de desheredación establecidas en la ley.

Causas que se encuentran reguladas en los artículos 852 al 855 del Código Civil, todas ellas referentes a conductas reprobables, pero aquí no vamos a referirnos a todas ellas. Únicamente vamos a centrarnos en los supuestos en los que el testador puede privar de la legítima a sus hijos o descendientes, en virtud del artículo 852 del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente: *Son justas causas para la desheredación, en los términos que específicamente determinan los artículos 853, 854 y 855, las de incapacidad por indignidad⁵ para suceder, señaladas en el artículo 656 con los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º*.⁶

También tendremos en cuenta las causas contenidas en el artículo 853⁷ del Código Civil, que, por su parte, señala que: *Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendiente además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2, 3, 5 y 6, las siguientes: haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra*.

Debe precisarse que tales causas operan siempre y cuando no exista reconciliación entre ofensor y ofendido, pues como es sobradamente conocido, la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a este del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha, conforme al artículo 856. En cualquier caso se trata de causas que han de ser ciertas correspondiendo la prueba a los herederos del testador si el desheredado lo niega.

La actualidad del tema estudiado es indudable y prueba de ello es la reciente doctrina del Tribunal Supremo en la que se considera que el maltrato psicológico a los padres es justa causa para desheredar a los hijos. En este contexto, se pronuncia la sentencia de 30 de enero de 2015⁸ (RJ 2015, 639), junto a la sentencia de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3900)⁹ a las que han seguido diversas sentencias de las Audiencias Provinciales, como por ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de 2015¹⁰ (JUR 2015, 193926), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015¹¹ (AC 2015, 554). Trataremos de analizar, en lo sucesivo, una serie de conceptos novedosos, acordes con el actual proceso de reforma y transformación del derecho de familia, por lo que debemos examinar si el fundamento en el que se apoya esta doctrina se puede mantener. Efectivamente, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene dando una perspectiva diferente al tratamiento de las causas de

desheredación, ajustándose a la realidad social, dando una nueva interpretación al artículo 853 del Código Civil, que será el eje central de nuestro estudio pues ha aceptado y ratificado, como ya hemos adelantado, el maltrato psicológico, como causa de desheredación; y lo ha hecho sin necesidad de introducir una nueva causa de desheredación, a través de una interpretación extensiva de la norma.

II. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Para comprender mejor la cuestión, resulta obligatorio detenerse, en el análisis clásico de nuestra doctrina jurisprudencial, doctrina que tiene su apoyo en el artículo 848 del Código Civil, según el cual, *la desheredación solo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley*, y que está avalada por una abundante jurisprudencia.

Para una mayor claridad, agruparemos las sentencias en torno a dos fundamentos a través de los cuales han girado las argumentaciones para solicitar la desheredación, advirtiendo de antemano que dichos argumentos no encontraron, hasta ahora, respaldo en los diferentes pronunciamientos desestimándose, en consecuencia, todos ellos. Y lo haremos a partir de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4792)¹², pivota en torno al primer fundamento que consiste en considerar que la falta de afecto se podría englobar dentro de la causa de desheredación de maltrato de obra e injurias graves en el artículo 853.2 del Código Civil. El supuesto de hecho trata de la petición de nulidad del testamento que contiene una cláusula de desheredación de la hija del fallecido. La cláusula de desheredación expresada en el acto de última voluntad, es la señalada en el artículo 853.2.º del Código Civil (causa que se refiere al maltrato de obra), figurando en la sentencia recurrida como único hecho probado relativo a estos maltratos de obra o injurias graves de palabra, la circunstancia específica del contenido de la declaración que prestó la hija en el procedimiento de divorcio de los padres, cuando al ser repreguntada sobre la condición única de empleada de cierta señorita, aclaró: *«no es cierto, puesto que la tal señorita es una empleada, y además la amante de mi padre»*. El Tribunal señaló que: *el contenido de la declaración que prestó la actora en el procedimiento de divorcio, como bien dice el Tribunal «a quo», vino forzada por el contenido de la pregunta y la obligación de decir verdad, y de cualquier modo, estuvo ausente el «animus injuriandi», indispensable en estos casos*. En la sentencia también se señala que la hija desde la separación de los padres, no mantuvo relación ninguna con su progenitor. Pero no se pudieron probar los hechos que demostrasen las injurias graves, y que la falta de relación afectiva entre la hija y el padre, así como el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, son circunstancias y hechos que, de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y la valoración jurídica, quedando únicamente sometidos al tribunal de la conciencia.

Nos parece conveniente señalar que esta sentencia interpreta de una forma restrictiva las causas de desheredación y podemos afirmar con total seguridad que la sentencia está orientada a la defensa de la sucesión legítima. Es verdad que el haber realizado una declaración en contra del padre no es suficiente para considerar que ha incurrido en causa de desheredación, pero es evidente que hubo abandono y falta de atención. Tal vez hubiera sido mejor que se hubiera mantenido como argumento para pedir la desheredación el abandono moral y afectivo, pues no siempre debe el heredero forzoso recibir la porción legítima

sino que existen conductas que el propio legislador considera reprobables. Si bien en este caso, como decimos, se sigue una interpretación restrictiva de la institución y se considera que la causa no tiene entidad suficiente para provocar la desheredación¹³.

Por el contrario, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995¹⁴ (RJ 1995, 5117), cuyo supuesto de hecho trata de una madre que deshereda a su hijo alegando que este último le había echado de la casa en la que ella convivía con su hijo y la esposa de este, teniendo que ocupar la testadora otra casa en estado ruinoso y sin otras atenciones que las prestadas por la sobrina de la causante hasta su fallecimiento, sí entiende que existe causa de desheredación por maltrato de obra. En este caso se alega, como causa de desheredación, la dispuesta en el artículo 853.2. El Tribunal establece que: *no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de este deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre, continúa durante años en los que esta vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente cuya desheredación, por maltrato según el testamento de la víctima, ha de reputarse legalmente correcta rechazando la impugnación que se ha efectuado por el interesado argumentando, de una parte, existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba por haberse tomado en consideración, por el juzgador, un informe de la Guardia Civil expresivo de haber realizado la fuerza pública, sin resultado positivo, una gestión en pro de la readmisión familiar de la madre, cerca de la esposa del hijo e insistiendo de otra en que no hubo maltrato físico para aquella, circunstancias, ambas, irrelevantes como motivos de casación, dado que, en cuanto a la primera, no se dice siquiera en qué consiste el error ni se cita el documento de contradicción, siendo, por lo que a la segunda se refiere, innecesario el empleo de violencia directa para configurar el resultado de obra como más atrás se ha razonado.* En este supuesto el Tribunal Supremo tímidamente reconduce la conducta de expulsión de la casa y desatención posterior al maltrato de obra.

Por otra parte, sigue apoyando que el desentendimiento afectivo no es causa de desheredación la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 7 de noviembre de 2003, en el supuesto que nos ocupa. El caso es el siguiente: don Vicente otorga testamento el 30 de septiembre de 1998, en cuya cláusula segunda se concreta: *deshereda a sus dos hijas por la causa segunda del artículo 853 del Código Civil: injurias graves de palabra o el maltrato de obra como causa de la desheredación. La Sala reitera que la desheredación por su carácter sancionador, es, absolutamente restrictiva en la interpretación; afirmando, que para que tenga acogida el proponer como lógico el pensar como el abandono y el desentendimiento afectivo pueda y deba ser entendido como un caso claro y doloroso de maltrato. Pues si como se alega y atestigua no asistieron las demandantes a su padre cuando estuvo hospitalizado no consta tuvieron conocimiento de tal situación, ni fuera necesaria su presencia en las supuestas estancias hospitalarias. Las demás cuestiones, referidas a la falta de relación afectiva, se enumera en la situación de ruptura de afecto y relación entre las hijas y el padre, cuya razón de ser es extraña a toda valoración jurídica que tan solo ha de contemplar la existencia de la causa alegada en el testamento sin entrar en consideraciones de índole moral... Por ello, al no poder extenderse su aplicación a casos no previstos en la Ley taxativa, demostrar la causa de desheredación referenciada por la parte a quien incumbe hacerlo, es llano que su pretensión no puede prosperar al no tenerse en consideración presupuestos*

extraños al propio de la desheredación, por cuanto, por un lado, quebraría el criterio restrictivo jurisprudencial mentado mientras, por otro, supondría eliminar el sistema de legítimas establecidas a favor de los herederos forzosos.

Opta la Audiencia Provincial de Asturias, en el supuesto precitado, por considerar en este caso que debe realizarse una interpretación restrictiva basándose en el principio *odiosa sunt restringenda*. No admitiéndose ni la analogía, ni la interpretación extensiva, ni una argumentación *minoris ad maiorem*.

Por otra parte, el segundo argumento manejado en la jurisprudencia se funda en incluir la causa de desheredación en el derecho de alimentos, y también lo hace con escaso éxito. En este sentido, podemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7930)¹⁵. En este supuesto se pide por parte de los hijos, la nulidad del testamento en el que se desheredaba a los dos hijos del testador al considerar que la desheredación era improcedente, basándose en el carácter sancionador de la misma alegando que, *los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado (negativa a prestar alimentos, sin motivo legítimo y malos tratos de obra o injurias graves de palabra), ya que la jurisprudencia que interpreta este precepto, por su carácter sancionador, es absolutamente restrictiva en la interpretación y no extiende su aplicación a casos no previstos en la ley. Los desheredados ni negaron alimentos ni maltrataron de obra o palabra al padre*. En el supuesto fáctico resuelto se considera que los hechos imputados no son subsumibles en el artículo citado por no apreciarse una negativa a prestar alimentos. Algunos autores, como PÉREZ ESCOLAR, M. (2014)¹⁶, afirman que no están comprendidos en esta causa la no prestación de asistencia emocional, ni los cuidados personales ante la enfermedad.

Numerosas resoluciones de las Audiencias analizan casos en los que se intentan reconducir algunas conductas reprobables al incumplimiento de la obligación legal de alimentos¹⁷ contemplada en el artículo 142 del Código Civil¹⁸, para desheredar a los hijos. Así, basta resaltar la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de diciembre de 2013¹⁹, según la cual no puede interpretarse la obligación de alimentos en forma tan extensiva, incluyendo toda clase de cuidados y atenciones, quedando circunscritas esas obligaciones solo a las específicamente contenidas en el artículo 142 del Código Civil. En este sentido, indica ALMANSA MORENO-BARREDA, L. J.²⁰, la palabra «sustento» a la que hacemos referencia suele interpretarse como manutención, y la manutención en ningún caso obliga a mantener la relación familiar, por lo que no será suficiente para desheredar por vía de esta causa una alegación general de abandono, o falta de asistencia afectiva.

La cuestión no está exenta de dificultades porque una cosa es ayudar económicamente a una persona y otra es atender a una persona afectiva y moralmente, cuestiones no precisamente unidas. El problema está, por tanto, en dilucidar si efectivamente puede entenderse que maltratar a una persona es desentenderla afectivamente o psicológicamente y si la falta de afecto puede romper la unidad familiar y, en consecuencia, se puede considerar como causa de desheredación.

Los tribunales hasta ahora, habían interpretado siempre de forma restrictiva las causas de desheredación, y sin embargo, en la sociedad, ya era objeto de debate las causas de desheredación y es desde hace tiempo una cuestión objeto de gran litigiosidad. Piénsese que las causas de desheredación en nuestro Código, se apartan de la idea de reciprocidad, pues podemos afirmar, que se contempla como causa de desheredación de los hijos para con sus progenitores, el incumplimiento de los deberes paterno-filiales, al estar incluidos en las causas que dan lugar a la pérdida de la patria potestad (por ejemplo el abandono de los padres

a los hijos durante la infancia), sin embargo los hijos no tienen obligación legal de cuidar a sus progenitores, durante su vejez, ni sanción por el incumplimiento, a excepción del derecho de alimentos del artículo 142 de nuestro Código Civil, que igualmente es un derecho recíproco que rige además para con otros parientes, como los hermanos en determinados supuestos. Si bien, es verdad que el legislador prevé el deber de respeto siempre de los hijos a los padres (art. 155.1), está muy diluido, pues para el legislador solo está sancionado como causa de desheredación si este deber de respeto se traduce en un maltrato de obra o injuria de palabra, pero sin incluirse el maltrato psicológico.

Pero como afirmábamos en los últimos años se ha abierto paso a una posición que sostiene que debería tenerse en cuenta el abandono económico, moral y afectivo a los padres como posible causa²¹. En nuestra opinión, el incumplimiento de deber de cuidado y atención de los padres debería poder dar lugar a la posibilidad de desheredar, ya que la legítima tiene como una de sus causas la solidaridad familiar, pero si esta se rompe y se desatiende a los padres debería contemplarse la posibilidad de que el padre o ascendiente pueda privar de la legítima a quien no ha atendido esta responsabilidad.

III. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LAS SENTENCIAS MÁS RECIENTES

Como explicamos anteriormente la legítima se configura en base a la protección de la familia, encuentra su origen en el derecho romano con la reforma de Justiniano, con una intención clara de protección del clan familiar. Sin embargo, esa familia nada tiene que ver con el concepto de familia actual, como dice el profesor LASARTE²², la familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales, no obstante la obligatoriedad de la legítima que estableció la ley hace más de cien años ha subsistido sin apenas variaciones.

Creemos conveniente hacer una reflexión sobre la necesidad de un cambio en el fundamento de la legítima, si partimos de la base de los cambios sociales producidos desde la redacción del Código Civil, tales como el aumento en la esperanza de vida, y la edad de la primera maternidad. Estas razones, entre otras, conllevan que a la muerte del causante, sus ascendientes, en muchos de los supuestos habrán fallecido, mientras que sus descendientes se encontrarán en una edad muy avanzada rondando los cincuenta o incluso los sesenta años, tal y como expone (VAQUER ALLOY, A., 2007) según los datos del Banco de España²³, estos estarán en el momento en el que su riqueza neta ha alcanzado el máximo, por lo que la vida de estos descendientes, no depende de la herencia de sus padres, y, en consecuencia, ya no podríamos hablar como regla general, de un patrimonio familiar. Si a esto le unimos el apreciable incremento de los casos de abandono que se está dando por parte de un sector de la sociedad de las personas mayores creemos adecuado pensar que el fundamento puede y debe ser discutido, ya que las expectativas de vida son cada vez mayores, y conllevan un deterioro de la persona mayor llevando consigo un cuidado especial. Es por lo que en nuestra opinión debe adaptarse a esta realidad actual o como (SAENZ DE SANTA MARIA VIERNIA, A., 2011) explica ha de adaptarse al derecho vivo²⁴.

El Tribunal Supremo atento a esta realidad social, parece que ha admitido que el testador pueda privar de la legítima al descendiente que desampara a sus mayores. A nuestro juicio esta causa se podría apoyar en el artículo 3 de nuestro

Código Civil, pues nos indica que las normas se han de interpretar, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.

Como hemos expuesto a lo largo de estas líneas, la doctrina del Tribunal Supremo, hasta tiempos muy recientes, no admitió que el abandono sentimental a los progenitores pudiese ubicarse dentro del maltrato de obra. Ello se debía, como ya sabemos, a la rigidez que ha existido a la hora de interpretar las causas de desheredación. ALGABA ROS, S.²⁵, acertadamente, señala que el artículo 853 es una disposición jurídica incompleta pues incorpora un concepto jurídico indeterminado, ya que el término «*maltrato de obra*» tiene un contenido impreciso.

Sabemos, y no podemos olvidar, que el artículo 853.2 del Código Civil únicamente hace referencia al maltrato de obra, desde el punto de vista histórico esté se ha referido únicamente a la violencia física²⁶. Sin embargo, actualmente, creemos conveniente matizar este punto de vista, pues, debe ser causa de desheredación de un hijo el maltratar un progenitor psicológicamente, sin que sea necesario usar la violencia física, ya origina un resultado de sufrimiento, tanto o mayor que el de obra, por lo que el maltrato psicológico debe ser una causa que permita desheredar. Ya que sin duda produce un menoscabo en la salud mental de quien la padece. En nuestra opinión, debe ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, del momento en que se produce.

Por otro lado, también merece la pena analizar si la falta de trato familiar o el abandono afectivo puede llegar a derivar en una especie de maltrato psicológico. Por ejemplo, desentenderse de las enfermedades de los progenitores, puede constituir, una especie de abandono emocional. En definitiva, creemos que esto tendrá como consecuencia, ampliar los supuestos de desheredación. Estos argumentos han llevado al Tribunal Supremo a dar un paso hacia delante cambiando el rumbo de sus sentencias.

De forma genérica podríamos definir el maltrato psicológico como cualquier tipo de comportamiento repetido de carácter físico, verbal, activo o pasivo, que agrede a la estabilidad emocional de la persona, de forma continua y sistemática. El objetivo de dicho comportamiento es hacer sufrir a la víctima mediante la intimidación, culpabilización o desvalorización, aprovechando el amor o cariño que esta siente hacia su agresor. Este tipo de comportamiento podemos por tanto ubicarlo actualmente dentro de algunas relaciones familiares, y en el supuesto que nos ocupa concretamente, el trato de los hijos para con sus progenitores cuando se condena a nuestros mayores a una marginación familiar, podríamos considerar que conlleva un abandono emocional. Podemos afirmar que se ha considerado el maltrato de obra como el acto por el que el desheredado realiza acciones que implican tratar mal al testador que le deshereda (ALGABA ROS, S., 2015)²⁷.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, se plantea como cuestión de fondo la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil, con el objeto de analizar si el maltrato psicológico puede asimilarse a alguna de las causas legales de desheredación. Así, en esta sentencia el causante deshereda expresamente a sus hijos «*al haberle negado injustificadamente al testador asistencia y cuidados además de por haberle injuriado gravemente de palabra*». El Tribunal Supremo, en esta sentencia, da un giro radical a su anterior doctrina al exponer en su fundamento segundo punto 3 que «*aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley, y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo*». Como en nuestra opinión acertadamente expone la sentencia, actualmente

el maltrato psicológico debe estar comprendido dentro del maltrato de obra, por considerarse el «abandono emocional» como expresión libre de ruptura del vínculo familiar. Los hijos, en este caso concreto que nos plantea la sentencia, incurrieron con respecto al padre en un maltrato psicológico reiterado, *incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la filiación*. Nos encontramos ante una cuestión compleja, pues bien es verdad que estos deberes filiales no son obligatorios por ley, ni están expresamente incluidos dentro de las causas de desheredación de los padres para con sus hijos, pero como bien dice el profesor (LASARTE, 2014), la argumentación que se hace es irreprochable y llena de buen sentido, pues en todo *hay que estar a las duras y a las maduras*²⁸.

Como vamos a ver seguidamente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015, nos encontramos ante un supuesto muy parecido al anterior, en el que se vuelve a plantear la interpretación del artículo 853, en relación al maltrato psicológico como causa de desheredación. En este caso, se trata de una madre que deshereda a su hijo, para lo que de un lado, solicita la revocación de una donación efectuada a favor del hijo bajo coacción y engaño y, de otro, la desheredación de ese mismo hijo, fundamentándola en «que no solo le había arrebatado en vida dolosamente todos sus bienes, sino que además le dejó desde entonces sin ingresos con los que afrontar la vida». El Juzgado de Primera Instancia entiende que no solo debe comprenderse en la causa de desheredación «el maltrato físico» sino también «el maltrato psicológico». En el supuesto que estamos examinando, no hay duda de que hubo maltrato psicológico» de forma continuada a la madre, hasta el mismo momento de fallecimiento. El Tribunal Supremo, descarta la interpretación restrictiva que hace la Audiencia Provincial de Castellón (*JUR* 2013, 324441), que establece: «*Para determinar si concurre ese maltrato de obra tal como se afirma por la heredera instituida en su contestación deberá tenerse presente igualmente que estamos ante una materia que debe ser objeto de interpretación restrictiva por el matiz sancionador que tiene y constituir una excepción a la regla general*», pues entiende que la realidad del maltrato psicológico, ha sido reconocida en todas las instancias, y es el único modo de calificar el estado de zozobra y afectación que afecto a la causante durante sus últimos años de vida. El Tribunal Supremo, lo reitera en su doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de 3 de junio de 2014, con respecto a la interpretación del artículo 853.2 del Código Civil. Nos parece importante señalar una sentencia del Tribunal Supremo, con fecha de 20 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 4460), sobre la revocación de la donación, e interpretación, del artículo 648.1 del Código Civil. En esta sentencia se pretende una revocación de donación que realizan en agosto de 2005, a favor de su hija Rosaura; el fundamento está en el artículo 648.1 del Código Civil, «*números primero y tercero, la causa legal de ingratitud del donatario y se procediera a la correspondiente revocación de las donaciones efectuadas por escrituras de 17 de agosto y 2 de septiembre de 2005*». La sentencia expone a este respecto que acogiendo la doctrina mayoritaria, esta interpreta el citado artículo 648.1, no desde su mera literalidad, es decir, no es preciso para la revocación de la donación, que se trate de uno de los delitos expresamente contemplados, bastando un comportamiento por parte del donatario de comportamientos reprobables o condenables, por el que el donante o en este caso donantes, resulten ofendidos, por tanto se expone: «*en el presente caso, queda acreditado que la donataria ha demostrado ingratitud hacia los donantes, esto es, sus padres. Así lo infiere del acto del juicio, y de las pruebas documental y testifical practicadas, desprendiéndose que en los últimos años el comportamiento de la donataria no es*

el que debe tener un hijo con relación a sus padres. Particularmente desde finales del año 2008, en donde dicha desconsideración y maltrato se colman cuando la donataria propina una bofetada a su padre insultando gravemente tanto a este como a su madre. Hechos, que motivaron que los padres modificaran sus respectivos testamentos, en el sentido de contemplar desheredación de la demandada». Por tanto y de acuerdo con la reciente doctrina del Tribunal Supremo a la que se hace referencia, sentencias que han sido ya comentadas y que seguiremos estudiando a lo largo de este artículo, STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3900) así como la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639), referente al maltrato de obra o psicológico, se expone en esta sentencia una serie de directrices acerca de la interpretación del artículo 648. «*En primer lugar, y en orden a la caracterización de la figura, debe precisarse que aunque las causas de revocación de la donación sean únicamente las que expresamente contempla la norma (art. 648 del Código Civil), y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de aplicación analógica, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que los elementos conceptuales contemplados por la norma, deban ser, asimismo, objeto de interpretación rígida o sumamente restrictiva».* En segundo lugar, y en la línea de lo anteriormente expuesto, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial de esta Sala a propósito del contenido y alcance del artículo 648.1 del Código Civil, entre otras, STS de 18 de diciembre de 2012 (núm. 747/2012 [RJ 2012, 11277]), ya ha destacado la interpretación flexible que cabe realizar de este precepto tanto respecto a la falta de precisión técnica con la que se refiere al concepto de delito y a los concretos derechos o bienes protegidos («persona, honra y otros bienes»), por lo que el precepto debe interpretarse, en sentido laxo, con relación a todo posible delito por el que pudiera resultar ofendido el donante en su gratitud, como a la innecesariedad que, a tales efectos, se haya producido previamente una sentencia penal condenatoria, ni tan siquiera que el procedimiento penal se haya iniciado; bastando la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante». Por último, y en tercer lugar, debe concluirse que, de acuerdo con los criterios interpretativos de la realidad social del momento de aplicación de la norma y su propia finalidad, el maltrato de obra o psicológico realizado por el donatario debe quedar reflejado como un hecho integrado en la causa de ingratitud del artículo 648.1 del Código Civil. Por tanto y aunque la interpretación en este caso sea del artículo 648.1²⁹ y no del artículo 853 del Código Civil, se realiza una interpretación amplia en lo relativo al maltrato de obra con respecto al psicológico que no va a ser únicamente dentro del aspecto de las causas de desheredación, sino que afecta también a las causas de revocación de las donaciones. Pues es evidente que hay ciertas conductas de los hijos que atentan contra la dignidad de sus padres³⁰ como en esta sentencia que acabamos de exponer donde el maltrato por parte del donante (hija) contra el donatario (padres) esta calificado como causa de ingratitud.

Esta doctrina es seguida por diferentes Audiencias Provinciales, de las cuales vamos a estudiar la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de 2015³¹, por que su supuesto de hecho quizá sea el más significativo, ya que en esta sentencia, el causante tiene una relación esporádica con la hija y, sin embargo, el distanciamiento se produce una vez el causante contrae una grave enfermedad que le llevará al fallecimiento, rompiendo con él cualquier tipo de lazo en este momento tan delicado, por lo que la Audiencia entiende que se produce un maltrato de obra por parte de la hija para con su progenitor, estableciendo lo siguiente: «*Es cierto que las causas de desheredación deben ser interpretadas de*

manera restrictiva ya que son de aplicación excepcional pero no puede ignorarse que en determinados supuestos nos encontramos ante situaciones que vulneran lo que debe ser elementales comportamientos de los humanos en lo que se refiere a las relaciones entre padres e hijos. Un hijo no puede desconocer la gravedad de la enfermedad de un padre a lo largo de espacios de tiempo tan prolongados como el que ahora nos ocupa. Más de un año. El sufrimiento añadido que padece el padre como consecuencia del olvido al que le somete su hija rompiendo normales y exigibles normas de comportamiento ha de tener sus consecuencias. Si es su hija es su hija a todos los efectos. Para lo bueno y para lo malo. No se trata solo de un distanciamiento anímico, ni de un hecho esporádico, sino de una ruptura total de un hijo con su padre gravemente enfermo, llegado incluso a hacer caso omiso de la muerte del padre no asistiendo ni a su entierro, lo que denota la total ruptura precedente». Por tanto, vemos cómo acertadamente en nuestra opinión, se vuelve a dar una interpretación extensiva al artículo 853.2 del Código Civil.

También parece oportuno detenerse en la sentencia de 10 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife³², en la que por su claridad y rigor jurídico, destaca su fundamento segundo al afirmar: *«Como señaló la sentencia de esta Audiencia, Sección Cuarta de 26.4.13 (JUR 2013, 317722), el artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. En el ámbito del derecho sucesorio, hasta que el legislador aborde su adecuación a los cambios sociales operados en más de un siglo, se impone una revisión de los criterios que hasta ahora han regido la interpretación de las normas que regulan ese ámbito del derecho civil, tan vinculado a la concepción tradicional de la institución familiar. En este sentido, en cuanto a las normas que regulan la herencia, hay que dar mayor valor a la voluntad del testador, sin que ello suponga, contrariamente a lo que se ha considerado en alguna ocasión, poner en peligro el sistema de legítimas establecido a favor de los herederos forzosos, de profundo arraigo en nuestro ordenamiento, sino que solo se pretende, como dijimos, una inaplazable adecuación de las normas que regulan determinados ámbitos del derecho civil, fuertemente influenciados por una concepción patriarcal y paternalista de la institución familiar, que objetiva y radicalmente ha cambiado».*

En el supuesto concreto de esta sentencia, el causante deshereda a su hija, al no abandonar la casa sobre la que no tenía más derecho de ocupación que el que derivara de la libre voluntad de su padre, quien le había manifestado querer disponer para sí de la vivienda, siguiéndose entre ellos una serie de denuncias ante la Guardia Civil.

Por el interés que presenta para este trabajo reproduciremos literalmente el fundamento 3.º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, *«En lo que se refiere a la desheredación regulada en los artículos 848 y siguientes del Código Civil se impone una reconsideración de la proscripción de la interpretación analógica y extensiva de las causas de desheredación contempladas en los preceptos legales. Así, en cuanto al maltrato de obra y la injuria grave, previstos como causa de desheredación en el apartado 21 del artículo 853 del Código Civil, hay que entender los términos «maltrato» e «injuria» en sentido amplio e integrador, que abarque no solo el maltrato físico y el proferir palabras injuriosas, sino también todo daño o sufrimiento psicológico infligido por cualquiera de los herederos legitimarios hacia el testador, debiendo incluirse a modo de ejemplo, la falta de cariño, el menosprecio, el desentenderse y no prestar la dedicación debida a*

los progenitores mayores o necesitados, aun sin llegar al caso más grave de incurrir en el incumplimiento de la obligación moral y legal de prestar alimento a los progenitores (previsto especialmente como causa de desheredación en el apartado 1.º del artículo citado), en su doble vertiente de proveer a las necesidades alimenticia y de vivienda, por un lado, y de atención, afecto y cuidados, por otro, procurando que los progenitores que lo necesiten se sientan en todo momento acompañados, asistidos y protegidos. Lo contrario, supone una conducta que en los estándares actuales, se ha de calificar como de mezquina y que, por lo tanto, puede y debe ser sancionada y, sin duda, ser considerada como motivo suficiente de desheredación con el fin de evitar que los legitimarios que incurran en ellas se vean favorecidos en detrimento de otras personas, sean o no familiares, que los han sustituido en la obligación moral y legal de subvenir a esas necesidades. Todo ello, por supuesto, siempre que los favorecidos por la desheredación de los legitimarios acrediten la existencia de razones objetivas y de suficiente entidad como para justificar una decisión tan drástica, y siempre que no se aprecie la existencia de una voluntad malévola o interesada por parte de esos mismos favorecidos». Por tanto y como podemos extraer de la sentencia, la inclusión del maltrato psicológico como una modalidad del maltrato de obra sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales.

De acuerdo con lo dicho, puede observarse que actualmente la jurisprudencia ve con buenos ojos que se amplíen las causas de desheredación en relación con los hijos, pero la cuestión es vidriosa, ya que nos cuestionamos si debe primar el deber familiar que nos obliga a no abandonar afectivamente a nuestros mayores (teniendo en cuenta que muchas veces, al que se estaría desamparando, es una persona mayor; y por ello especialmente vulnerable) o primará la libertad de mantener nuestras relaciones afectivas. Creemos, que en muchos supuestos es difícil deslindar, entre el maltrato psicológico que supone un abandono a un familiar, de la falta de relación familiar, ya que en algunos supuestos, ambas causas vendrán estrechamente ligadas. En cualesquiera de los casos que nos podamos encontrar, la causa de desheredación no debería vincularse a la culpabilidad del desheredado, de forma exclusiva. El legislador deberá, en nuestra opinión, ser muy cauteloso en el supuesto de que incluyese la falta de relación familiar como causa de desheredación. Ya que podría ser utilizado como arma de doble filo, pues podría ser aprovechado contra hijos con los que el padre no ha querido mantener relación afectiva alguna, como podría ser el caso, imaginemos, de un hijo fuera del matrimonio.

En el fondo, y como decíamos al principio de esta reflexión, debemos plantearnos si actualmente tiene sentido que en derecho común se mantengan las legítimas o si se trata de una institución desfasada que no tienen razón de ser, y debería existir libertad para testar, por lo que nos cuestionamos si es necesario una reforma en profundidad del Código Civil, que permita suprimir o atenuar la sucesión forzosa o si bastaría con ampliar las causas de desheredación que afecta a las legítimas.

IV. BREVE RESEÑA DE LOS ORDENAMIENTOS FORALES.

El problema ante el que nos enfrentamos se ha resuelto de distinta forma en los diferentes ordenamientos forales, por ello parece conveniente que nos detengamos someramente en su regulación.

En Cataluña, la legítima viene regulada en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones³³. El libro cuarto mantiene la legítima, pero la debilita, y restringe su reclamación. La legítima afecta, sobre todos los hijos del causante, que podrán ser representados por sus descendientes.

El computo de la legítima viene establecido en el artículo 451-5 del Código Civil Catalán, y recae sobre la cuarta parte de la cantidad base, que resulta de aplicar las reglas establecidas en dicho artículo. Por su parte, las causas de desheredación están recogidas en el artículo 451-17.2, aunque nosotros solo nos detendremos en las letras c y e³⁴. El artículo 451-17.2 letra c, prevé el *maltrato grave* como causa de desheredación al señalar, como tal, «*El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador*». Podemos observar en primer lugar, que la amplitud de esta causa abre la posibilidad de incluir en ella el maltrato psicológico, y en segundo lugar que lo hace no solo refiriéndose al maltrato grave al causante, sino que extiende su ámbito de aplicación al ámbito familiar.

El artículo 451-17.2 letra e, introduce la falta de relación familiar como otra de las causas de desheredación al señalar como tal: «*La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario*».

El Derecho Civil catalán introduce a partir de la reforma de 2008, como causa de desheredación, la falta de relación familiar dando una aparente solución al modelo familiar actual, buscando una mayor libertad para el testador. Pero la redacción de ambos apartados no es del todo acertada en nuestra opinión debido, entre otras cosas, a la compleja definición de sus supuestos de hecho y a su falta de concreción. Conviene, por tanto, hacer una serie de precisiones en torno a ambas causas. Debe subrayarse, que esta causa de desheredación, al igual que la anterior, habla del causante y de cualquier legitimario, pudiendo aplicarse tanto a los descendientes como a los ascendientes estableciendo una igualdad de trato. Igualdad que nos parece acertada. En concreto y refiriéndonos exclusivamente a la causa e), nos parece criticable que se exija para su aplicación, que la conducta sea imputable únicamente al legitimario, pues la complejidad del entramado de las relaciones familiares hará difícil demostrarlo. Además, en la mayoría de los supuestos, la falta de relación será atribuible a ambas partes. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que en muchos de los supuestos en los que se produce una separación o divorcio de los progenitores, los hijos no mantienen relación alguna con el progenitor con el que dejan de convivir, por tanto será difícil probar que esta causa sea atribuible exclusivamente al legitimario ya que muchas veces en estos supuestos el hijo es una víctima de las circunstancias, y se convertirá en una causa de poca aplicación. Dentro de este contexto nos parece criticable entrar a analizar la idea de la imputabilidad o culpabilidad que tantos problemas trajo en otros sectores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo en materia de separación o divorcio y que, al final, el legislador optó por abandonar. Por tanto, no nos parece un ejemplo a seguir en el derecho común.

Además, se habla de una ausencia manifiesta y continuada de relación familiar sin especificar, que debemos entender, por continuada, ya que no nos indica un plazo determinado, por lo que dificulta la apreciación de esta causa. Este extremo ha sido objeto de discusión por parte de la doctrina. Un sector ha considerado que un plazo, por ejemplo, de diez años, de ausencia de relación, sería adecuado, ya que un plazo demasiado breve no sería indicativo, puesto que la relación familiar puede restablecerse; y un plazo demasiado largo, dejaría fuera

muchos otros supuestos (ARROYO AMAYUELAS, E., 2015)³⁵. Desde nuestro punto de vista, el plazo de diez años sería un plazo excesivamente largo, ya que muchas veces este problema surge a raíz del abandono de nuestros mayores, por lo que no sería muy lógico que tengan que esperar, por ejemplo, si el abandono se produce a los ochenta años, hasta los noventa para desheredar, puesto que muchas veces ya habrán fallecido en el devenir de estos años, y no podrán hacer efectiva esta causa de desheredación. Por tanto, creemos que habrá que estarse al caso concreto, y en todo caso establecer un periodo de uno o dos años como máximo.

En Galicia, tras la redacción de la Ley 2/2006³⁶ de 14 de julio, de Derecho Civil de Galicia, desaparece la legítima de los ascendientes, quedando según lo dispuesto en el artículo 238 capítulo V, título X, la legítima de los hijos y descendientes de hijos premuertos. También se mantiene la legítima del cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho, reduciéndose además tras la reforma, el *quantum* legitimario, a la cuarta parte del haber hereditario.

El artículo 263.2 recoge las causas de desheredación³⁷ donde se incluye como causa el «maltrato de obra o injuria grave». Pero no se prevé expresamente, el maltrato psicológico, sin embargo, podemos ver cómo en la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 4 de diciembre de 2014³⁸, se establece por parte de la Audiencia que: *«En el caso que nos ocupa no es necesario que concurran de manera cumulativa las dos causas de desheredación previstas en el artículo 263.2.ª de la Ley de Derecho Civil de Galicia: haberle maltratado de obra o injuriado gravemente. Es suficiente la concurrencia de una de las dos. En el presente caso, ha quedado suficientemente acreditado que concurre el maltrato de obra, precisamente, porque los actos de la actora en vida de su padre son claros: no atendió, cuidó ni se ocupó del mismo»*. Por tanto, se hace una interpretación extensiva del concepto «maltrato de obra».

El Código Foral de Aragón, de 29 de marzo de 2011, establece una legítima colectiva a favor de los descendientes, tras la reforma de 2011, con la intención de dar mayor libertad al testador y así se expresa, en su artículo 510³⁹, dentro de las causas de desheredación. No se contempla en el Código Foral de Aragón, expresamente, el maltrato psicológico, sin embargo, la legítima en Aragón⁴⁰ dista mucho de la legítima en el derecho común, pues aunque se constituye sobre la mitad del caudal hereditario, se le otorga al causante, la facultad de entregarla solo a un legitimario, o repartirla proporcionalmente, entre todos los legitimarios, por tanto solo tiene un derecho individual, el descendiente único. Podríamos afirmar que la figura de la desheredación en Aragón solo tiene sentido cuando el causante quiere desheredar a todos sus descendientes, o al descendiente único. Ya que como hemos explicado con anterioridad, el legitimario, teniendo un único hijo, podría dejarle la legítima a su nieto, sin necesidad alguna de probar causa de desheredación.

En el Código Civil foral de Navarra, de 1 de abril de 1987⁴¹, la Ley 149, Título primero, libro segundo, se establece la libertad de testar. Sin embargo no podemos hablar de una libertad de testar absoluta, puesto que en la Ley 253 se establece un usufructo de fidelidad para el cónyuge del premuerto. En lo referente a la legítima, la Ley 267, establece: *«La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos «febles» o «carlines» por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunes por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero»*. El Código navarro, establece como legitimarios a los hijos, y a falta de estos a sus descendientes de

grado más próximo, y como causas de desheredación, hace una remisión a los artículos 852 y 853 del Código Civil, por lo que nos enfrentamos a la misma situación del derecho común, aunque no pueda hablarse de una legítima como tal.

En el Derecho foral del País Vasco, compilado en la Ley 5 /2015 de 25 de junio de 2015, se establece una legítima únicamente para los hijos o descendientes de cualquier grado, según lo dispuesto en el artículo 47, que abarca un tercio del caudal hereditario, pero al igual que veíamos en el Derecho foral aragonés, puede entregarse a uno o varios de los legitimarios, apartando a los demás.

Conviene señalar, que esta ley no rige en todo el territorio del País Vasco, ya que las normas de la troncalidad en el infanzonado o Tierra Llana de Bizkaia, así como en los municipios de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, como se puede ver reflejado en el artículo 61, que reza: «1. Solo son bienes raíces, a efectos de troncalidad, los que estén situados en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia o en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio. 2. Se entiende por infanzonado o tierra llana todo el territorio histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada del territorio de las villas de Balmaseda, Bermeo, Bilbao, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandío, Portugalete, Plentzia y la ciudad de Orduña».

La ley 5/2015 establece, en su sección cuarta, unas normas sucesorias únicamente, para el Fuero del valle de Ayala, otorgándoles en su artículo 89 una libertad de testar absoluta.

Ya, por último, debemos señalar, la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, que establece una legítima diferente a la del derecho común. Aprobada por el Decreto Legislativo 7/1990⁴². Establece, para Mallorca y Menorca, que serán legitimarios los hijos y descendientes, de una tercera parte del haber hereditario, si fueren cuatro o menos de cuatro y la mitad si hubiese cinco hijos o más, quedando dos terceras partes de libre disposición. Se contemplan en el artículo 7 bis, las causas de indignidad, indicando que serán a su vez causas de desheredación, las establecidas en su punto 1. Que reza: «Son indignos para suceder: a) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida o por lesiones graves contra el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes. b) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes. c) Los privados por sentencia firme de la patria potestad, tutela, guarda o acogida familiar por causa que les sea imputable, respecto del menor o discapacitado causante de la sucesión. d) Los condenados por sentencia firme a pena grave contra los deberes familiares en la sucesión de la persona agraviada. e) Los que hayan acusado al causante de delito para el que la ley señale pena grave, si es condenado por denuncia falsa. f) Los que hayan inducido u obligado al causante a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias, o le hayan impedido otorgarlas, modificarlas o revocarlas. g) Los que destruyan, alteren u oculten cualquier disposición mortis causa otorgada por el causante».. Por su parte, indica a su vez en su punto 4, que para aquellos supuestos no previstos, se aplicará lo establecido en el Código Civil. En el Libro II referente a las disposiciones aplicables a la Isla de Menorca, se establece en el artículo 65, una remisión, a lo establecido en el artículo 7 bis. Para Ibiza y Formentera se establece una legítima diferente, pues no está incluido el cónyuge viudo y así se establece en su Libro III en el artículo 79, estableciéndose las mismas causas de indignidad así como de desheredación anteriormente expuestas en su artículo 69 bis.

IV. CONCLUSIONES

I. Tras las novedosas sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, y de 30 de enero de 2015, se ha abierto la posibilidad de aplicar las causas de desheredación de forma extensiva, ya que permite nuevos supuestos tales como el abandono o, si se prefiere, la falta de relación familiar y el maltrato psicológico, agrupándolos dentro del maltrato de obra. Tras el análisis realizado, en nuestra opinión sería más apropiado una revisión por parte del legislador de las causas de desheredación, ya que dejar la apreciación de estas u otras nuevas causas no tipificadas, en manos de la interpretación de los tribunales, podría suponer una cierta inseguridad jurídica.

II. Debemos señalar que las causas de indignidad así como las causas de desheredación han sido objeto de modificaciones parciales, por lo que estimamos necesario una reforma de ambas figuras con una visión de conjunto, con el fin de que exista una concordancia razonable entre las mismas. A modo de ejemplo, entre los diferentes supuestos, haremos referencia al apartado 7 del artículo 753 que al haber sido introducido por la Ley 43/2003 no forma parte del artículo 853, ya que la última modificación de las causas de desheredación fue en 1990.

III. Al examinar las causas de desheredación, observamos que ya se han modificado en diferentes derechos forales. En concreto refiriéndonos a la literalidad de las causas de desheredación del Código Civil catalán, creemos que no sería idóneo tomarlas como base de referencia para una posible reforma, ya que la experiencia nos recuerda que establecer unas causas basadas en la culpabilidad de unas de las partes, (como ocurrió en las causas de separación y divorcio), hace realmente difícil su aplicación, pues en la mayoría de los casos mantener o no las relaciones familiares obedece a muchos factores y esa «culpabilidad exclusiva» de una de las partes no es posible demostrarla.

IV. En caso de optar por la reforma de las causas de indignidad y desheredación, sería necesario realizarla, concretando los supuestos de hecho, evitando la generalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, pues si bien se persigue una mayor libertad al testador, no deja de ser un medio para privar de un derecho reservado por ley para ciertos herederos, por lo que una redacción imprecisa sería objeto de una grandes conflictos (un ejemplo de ello sería establecer como causa de desheredación la ausencia de relación familiar, sin referirse a un determinado periodo de tiempo). Es difícil encontrar un equilibrio entre los intereses de la persona y de la familia.

V. En el momento actual, nos cuestionamos que es más adecuado, si la modificación de la que venimos hablando, o una reforma de la legítima que otorgase una mayor libertad al testador, en nuestra opinión conforme a lo expuesto, esta reflexión requiere una estudio aparte, en profundidad. debido a la complejidad del tema.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CIVIL

- Sentencia de 28 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4792)
- Sentencia de 14 de marzo de 1994
- Sentencia de 26 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5117)
- Sentencia de 4 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7930)
- Sentencia de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900)

- Sentencia de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639)
- Sentencia de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 4460)

SENTENCIAS DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

- AP de Coruña de 4 de diciembre de 2014
- AP de Badajoz de 16 de julio de 2015
- AP de Madrid de 19 de septiembre de 2013
- AP de Madrid de 17 de enero de 2014
- AP de Salamanca de 19 de diciembre de 2013
- AP de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015
- AP de Vizcaya de 28 de marzo de 2014

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO, M. (1996). *Derecho de sucesiones*. Bosch.
- ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *Indret*, vol. 2.
- ALMANSA MORENO-BARRERA, L. J. (2012). ¿Debe introducirse en el Derecho Civil Común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes? *Alethia. Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 1.
- ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E. (2015). Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado ¿A quién prefieren los tribunales? *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2.
- BARCELÓ DOMENECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682.
- BARRIO GALLARDO, A. (2012). *El largo camino hacia la libertad de testar. De la legítima al derecho sucesorio de alimentos*, Dykinson, Madrid.
- BALLESTER AZPITARTE, L. (2015). La falta de cariño, ¿es causa de desheredación? *Diario la Ley*. Núm. 8534.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015). El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril, núm. 748.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (2015). Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación. *Revista Aranzadi doctrinal*. Núm. 1 Pamplona.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2009). ¿Qué reformas cabe esperar en el derecho de sucesiones del código civil? (Un ejercicio de prospectiva), *Estudios sobre validez y eficacia*, núm. 1.
- DOMINGO MONFORTE, J. (2015). Revocación de la donación por incumplimiento del *ius gratitudinis*. Maltrato psicológico. *El notario del siglo XIX*, núm 64, diciembre.
- DOUGLAS, G. (2014). Family Provision and Family Practices. The Discretionary Regime of the Inheritance Act of England and Wales, *Revista Oñati Socio-Legal Series*, vol. 4, núm. 2, 2014.
- HIJAS CID, E. (2015). Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones. *El notario del siglo XIX*, núm. 64, diciembre.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos del derecho civil. Tomo V, Sucesiones*, 4.º ed. Dykinson, Madrid.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de familia: Principios del Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons.
- (2007). Abandono asistencial de la tercera edad, y desheredación de los descendientes, en la España contemporánea. *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2007).
- ROMERO COLOMA, A. M. (2014). El maltrato de obra como causa de desheredación. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, Pamplona
- PARRA LUCÁN, M.ª A. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. *Revista Nul, Estudios sobre invalidez e ineficacia*. Núm. 13.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilidad de la legítima. En: M. Herrero Oviedo, *Estudios de derecho de sucesiones. «liber amicorum» Teodora. F. Torres García*, La Ley.
- QUESADA PÁEZ, A. (2015). Legítimas y desheredación, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 3, Pamplona.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA, A. (2011). *Elogio a la desheredación*, Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones. Dialnet.
- SALAS CARCELLER, A. (2014). Sobre la desheredación, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 7. Pamplona.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. B. (1991). Comentario a los artículos 848 al 857 del Código Civil. En: Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Corderch (dir.), *Comentario del Código Civil*, T. I., Madrid: Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- VALVERDE MARTÍNEZ, S. (2012). La unificación del Derecho Europeo, *Revista La notaria*, núm. 3 pp. 96-100.
- VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona.

NOTAS

¹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2007). *La protección de las personas mayores*, Madrid: Tecnos, pp. 365 y sigs.

² Porción que pueden recibir por vía de herencia, legado e incluso donación, y que se puede privar por vía de testamento.

³ SALAS CARCELLER, A. (2014). *Sobre la desheredación*, Pamplona. Aranzadi.

⁴ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de familia: Principios del Derecho Civil*, Madrid, Marcial Pons.

⁵ La causas de indignidad privan de derechos sucesorios a una persona (sea o no legítimo) y operan tanto para la sucesión testada como intestada. Causas que se pueden perdonar en testamento si las conocía el testador al tiempo de hacerlo o remitirlas posteriormente en documento público.

⁶ El artículo 756 ha sido recientemente modificado en sus apartados 1 a 3 por la disposición final 1.68 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 58, de 3 de julio de 2015), y conforme al mismo son incapaces de suceder por causa de indignidad por tanto:

1.º El que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

2.º El que fuera condenado por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad e indemnidad sexual, si el ofendido es el causante, su cónyuge, la persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes.

Asimismo el condenado por sentencia firme a pena grave por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares respecto de la herencia de la persona agraviada.

También el privado por resolución firme de la patria potestad, o removido del ejercicio de la tutela o acogimiento familiar de un menor o persona con la capacidad modificada judicialmente por causa que le sea imputable, respecto de la herencia del mismo.

3.º El que hubiese acusado al causante de delito para el que la ley señala pena grave, si es condenado por denuncia falsa.

4.º El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del testador, no la hubiese denunciado dentro de un mes a la justicia, cuando esta no hubiera procedido ya de oficio. Cesará esta prohibición en los casos en que, según la ley, no hay obligación de acusar;

5.º El que, con amenaza, fraude o violencia, obligare al testador a hacer testamento o cambiarlo;

6.º El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento, o revocar el que hubiese hecho o suplantare, ocultare o alterare otro posterior;

7.º Tratándose de la sucesión de una persona con discapacidad, las personas con derecho a la herencia que no le hubieran prestado las atenciones debidas, entendiéndose por tales las reguladas en los artículos 142 y 146 del Código Civil. (Se añadió este apartado 7.º por el artículo 10.1 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad). (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

El Preámbulo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria justifica la modificación, de las tres primeras causas de indignidad en la necesidad de adaptación a la nueva realidad social, no entendemos muy bien porque no se ha aprovechado la ocasión, si no para modificar en profundidad la institución de la desheredación, al menos para haber puesto en consonancia las causas de indignidad con las causas de desheredación.

Una vez que la causa primera deja de referirse exclusivamente a los padres, (1.º *Los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos*) en nuestra opinión debería aplicarse como causa de desheredación también a los descendientes, y poder desheredar a cualquiera que fuera condenado por sentencia firme por haber atentado contra la vida, o a pena grave por haber causado lesiones o por haber ejercido habitualmente violencia física o psíquica en el ámbito familiar al causante, su cónyuge, o persona a la que esté unida por análoga relación de afectividad o alguno de sus descendientes o ascendientes. Por otro lado, obsérvese que la causa segunda utiliza una nueva expresión «persona con capacidad modificada» en vez de persona «incapacitada judicialmente».

Tenemos que tener en cuenta que la causa 7.ª del 756 del Código Civil, no está contemplada dentro de las causas de desheredación ya que como hemos dicho anteriormente se introdujo en 2003, por tanto y al no haberse modificado, las causas de desheredación desde 1990, es imposible que esta estuviese contemplada. Si bien, se contempla como causa de desheredación la negación de alimentos al padre o ascendiente independientemente de que el alimentista sea o no discapacitado.

⁷ El artículo 853 del Código Civil establecía en su redacción originaria, Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, tanto legítimos como naturales, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes:

Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.

1. Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

2. Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución.

3. Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil.

Su primera reforma fue en 1981, se modificó por la ley 11/1981 de 13 de mayo de 1981 (BOE, núm. 119 de 19 de mayo de 1981) en su artículo 5, quedando el primer párrafo de la siguiente forma: Serán también justas causas para desheredar a los hijos y descendientes, además de las señaladas en el artículo 756 con los números 2.º, 3.º, 5.º y 6.º, las siguientes. Posteriormente, la Ley 6/1984, de 31 de marzo de 1984, (BOE, núm. 80 de 3 de abril de

1984), estableció suprimir en su artículo 1.2 la causa 4.º, Haber sido condenado por un delito que lleve consigo la pena de interdicción civil. Del mismo modo, la Ley 11/1990 de 15 de octubre (BOE, núm. 250, de 18 de octubre de 1990), estableció en su artículo 8, la supresión de la causa 3. Haberse entregado la hija o nieta a la prostitución, por considerarse discriminación por razón de sexo.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015, núm. 59/2015 (RJ 2015, 639). Ponente: ORDUÑA MORENO, F. J.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, núm. 258/2014 (RJ 2014, 3900). Ponente: ORDUÑA MORENO, F. J.

¹⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de 2015, núm. 176/2015 (JUR 2015, 193926) Ponente: SÁNCHEZ UGENA, I.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 10 de marzo de 2015, núm. 66/2015 (AC 2015, 554). Ponente: GONZÁLEZ DELGADO, C. M.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1993, núm. 675/1993 (RJ 1993, 4792). Ponente: BURGOS PÉREZ DE ANDRADE, G.

¹³ Del mismo modo se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de marzo 1994, utilizando el mismo argumento para un supuesto de hecho similar basándose en el principio *odiosa sunt restringenda*, entendiéndose igualmente que el abandono no es causa de desheredación.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1995, núm. 632/1995, (RJ 1995, 5117). Ponente: CASARES CÓRDOBA, R.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997, núm. 954/1997, (RJ 1997, 7930). Ponente: MARINA MARTÍNEZ-PARDO, J.

¹⁶ PÉREZ ESCOLAR, M. (2014). Causas de desheredación y flexibilidad de la legítima. En: M. Herrero Oviedo, *Estudios de derecho de sucesiones. «liber amicorum» Teodora. F Torres García.*, La Ley, pp. 1131-1154.

¹⁷ CABEZUELO ARENAS, A. L. (2015). Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación. *Revista Aranzadi doctrinal* núm. 1 Pamplona.

¹⁸ Artículo 142 Código Civil, que reza: *Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo, ya que comprende todo lo indispensable para el sustento, y se exige que haya necesariamente una reclamación de los mismos.*

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 19 de diciembre 2013, núm. 410/2013, (AC 2013, 2219). Ponente: GARCÍA PÉREZ, J. J. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2014 núm. 11/2014, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 3342), la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 de marzo de 2014 (JUR 2014, 189463).

²⁰ ALMANSA MORENO-BARRERA, L. J. (2012). ¿Debe introducirse en el Derecho Civil Común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes? *Alethia. Cuadernos Críticos del Derecho*, núm. 1, pp. 17-27.

²¹ A este respecto véase LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de familia. Principios del Derecho Civil*, Madrid: Marcial Pons.

²² LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015). *Derecho de familia. Principios del Derecho Civil*, Madrid: Marcial Pons.

²³ VAQUER ALOY, A. (2007). Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima. *Revista para el análisis del derecho*. Barcelona.

²⁴ SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNÁ, A. (2011). *Elogio a la desheredación*. Universidad de Extremadura. Servicio de publicaciones. Dialnet.

²⁵ ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *Indret*, vol. 2.

²⁶ ROMERO COLOMA, A. M. (2014). El maltrato de obra como causa de desheredación de hijos y demás descendientes. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3. Pamplona.

²⁷ ALGABA ROS, S. (2015). Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación. *Indret*, vol. 2, pp. 1-26.

²⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2015), *Derecho de familia. Principios del Derecho Civil*, Madrid: Marcial Pons.

²⁹ El artículo 648 del Código Civil reza: «También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes: 1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante. 2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad. 3.º. Si le niega indebidamente los alimentos.

³⁰ HIJAS CID, E. (2015). Doctrina del Tribunal Supremo sobre el maltrato psicológico y sus efectos en sucesiones y donaciones. *El notario del siglo XIX*, núm. 64, diciembre de 2015.

³¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 16 de julio de 2015, núm. 176/2015 (*JUR* 2015, 193926). Ponente: SÁNCHEZ UGENDA, D.

³² Sentencia de la Audiencia provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 10 de marzo de 2015, núm. 66/2015 (*AC* 2015, 554) Ponente: GONZÁLEZ DELGADO, C. M.

³³ Ley 10/2008 de 10 de julio de 2008, del libro IV del Código Civil de Cataluña relativo a las sucesiones, *BOE* núm. 190 de 7 de agosto de 2008.

³⁴ Artículo 451-17 del libro cuarto del Código Civil Catalán, establece: «*El causante puede privar a los legitimarios de su derecho a legítima si en la sucesión concurre alguna causa de desheredación. Son causas de desheredación:*

a) Las causas de indignidad establecidas por el artículo 412-3.

b) La denegación de alimentos al testador o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, a los ascendientes o descendientes del testador, en los casos en que existe la obligación legal de prestárselos.

c) El maltrato grave al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador.

d) La suspensión o la privación de la potestad que correspondía al progenitor legitimario sobre el hijo causante o de la que correspondería al hijo legitimario sobre el nieto del causante, en ambos casos por causa imputable a la persona suspendida o privada de la potestad.

e) La ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputada al legitimario.

El artículo 412-3, establece las causas de indignidad:

a) *El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber matado o haber intentado matar dolosamente al causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en unión estable o algún descendiente o ascendiente del causante.*

b) *El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido dolosamente delitos de lesiones graves, contra la libertad, de torturas, contra la integridad moral o contra la libertad e indemnidad sexuales, si la persona agravada es el causante, su cónyuge, la persona con quien convivía en unión estable o algún descendiente o ascendiente del causante.*

c) *El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber calumniado al causante, si lo ha acusado de un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años.*

d) *El que ha sido condenado por sentencia firme en juicio penal por haber prestado falso testimonio contra el causante, si le ha imputado un delito para el que la ley establece una pena de cárcel no inferior a tres años.*

e) *El que ha sido condenado por sentencia firme dictada en juicio penal por haber cometido un delito contra los derechos y deberes familiares, en la sucesión de la persona agravada o de un representante legal de esta.*

f) *Los padres que han sido suspendidos o privados de la potestad respecto al hijo causante de la sucesión, por una causa que les sea imputable.*

g) *El que ha inducido al causante de forma maliciosa a otorgar, revocar o modificar un testamento, un pacto sucesorio o cualquier otra disposición por causa de muerte del causante o le ha impedido hacerlo, así como el que, conociendo estos hechos, se ha aprovechado de los mismos.*

h) *El que ha destruido, escondido o alterado el testamento u otra disposición por causa de muerte del causante.*

³⁵ ARROYO AMAYUELAS, E., FARNÓS AMORÓS, E., 2015. Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado, ¿A quién prefieren los tribunales?, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, abril. Barcelona.

³⁶ Ley 2/2006 de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia. *BOE* núm. 191, de 11/08/2006.

³⁷ El artículo 263.2 de la Ley 2/2006 de 14 de julio, (*BOE* núm. 191 de 11 de agosto de 2006) de Derecho Civil de Galicia establece lo siguiente: «*son justas causas para desheredar a cualquier legitimario: 1.º Haberle negado alimentos a la persona testadora, 2.º Haberla maltratado de obra o injuriado gravemente, 3.º El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, 4.º Las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 del Código Civil*».

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 4 de diciembre de 2014, núm. 424/2014 (*JUR* 2015, 7269). Ponente: CÁMARA RUIZ, J.

³⁹ El artículo 510 del Código de derecho foral de Aragón (*BOA* núm. 63 de 29 de marzo de 2011), por el que se aprueba el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, reza: «*Son causas legales de desheredación: 1.º Las de indignidad para suceder, 2.º Haber negado sin motivo legítimo los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda, 3.º Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente, así como a su cónyuge, si este es ascendiente del desheredado. 4.º Haber sido judicialmente privado de la autoridad familiar sobre descendientes del causante por sentencia fundada en el incumplimiento del deber de crianza y educación*».

⁴⁰ SERRANO GARCÍA, J. A. (2010), La legitima en Aragón, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, XVI.

⁴¹ Ley 1/1973, de 1 de marzo de 1973, por el que se aprueba la compilación de Derecho civil foral de Navarra, *BOE* núm. 57 de 7 de marzo de 1973, posteriormente reformada por la Ley foral 5 /1987, de 1 de abril de 1987, por el que se modifica la compilación de derecho civil foral, o fuero nuevo de navarra (*BOE*, núm. 134 de 5 de junio de 1987).

⁴² Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares. *BOIB* núm. 120 de 2 de octubre de 1990.

1.5. Obligaciones y contratos

Análisis jurisprudencial de la compraventa de viviendas en construcción

Jurisprudential analysis of the sale of homes under construction

por

ROSANA PÉREZ GURREA

Abogada y profesora del Máster de acceso a la abogacía de la Universidad de La Rioja

RESUMEN: En este trabajo analizamos la compraventa de viviendas en construcción, su naturaleza jurídica, las garantías exigibles antes de la adquisición de la vivienda así como la jurisprudencia del TS sentada en esta materia con especial referencia a la STS de 21 de diciembre de 2015 que fija doctrina jurisprudencial señalando que en las compraventas de viviendas en construcción, los bancos donde la promotora deposita el dinero de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, son responsables de la devolución del mismo, si el piso no se llega a construir o entregar en plazo legal y el promotor no ha avalado o asegurado estas cantidades.

ABSTRACT: *This paper analyses the problems concerning the sale of homes under construction, its legal nature, the guarantees required before the purchase of the house and the jurisprudence sitting in this area with special reference to the Sentence of 21 December 2015 which says that in the sale of homes under, the banks are liable for repayment of amounts paid on account by buyers, if the house does not get to build or deliver in legal term and the developer has not guaranteed or insured these amounts.*

PALABRAS CLAVE: Compraventa de vivienda en construcción. Vivienda sobre plano. Seguro. Aval. Devolución de cantidades. Responsabilidad solidaria de los bancos y de las promotoras.

KEY WORDS: *Purchase of homes under construction. Housing plan. Insurance. Guarantee. Repayment of amounts. Joint responsibility of the banks and developers.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA.—II. COMPRAVENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y NORMATIVA JURÍDICA. 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA DE VIVIENDAS EN CONSTRUCCIÓN. 3. GARANTÍAS EXIGIBLES ANTES DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA.—III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL: 1. SENTENCIA DEL TS DE 7 DE MAYO DE 2014. 2. SENTENCIA DEL

TS DE 13 DE ENERO DE 2015. 3. SENTENCIA DEL TS DE 30 DE ABRIL DE 2015. 4. SENTENCIA DEL TS DE 21 DE DICIEMBRE DE 2015.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO Y PERSPECTIVA JURÍDICA

La adquisición de la vivienda en un ámbito ajeno al profesional es la operación de consumo por excelencia, aunque solo sea porque constituye, en la gran mayoría de los casos, una de las inversiones más importantes que el consumidor va a realizar a lo largo de su vida. A pesar de ello, el Real Decreto 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, no refunde ni armoniza la normativa inmobiliaria. Las razones son varias: la vivienda es un bien de consumo final cuando no se adquiere con un propósito relacionado con la actividad empresarial o profesional, aún cuando no se habite en ella de forma habitual. Además incluso en los casos, que aparecían más dudosos antes de la modificación en el concepto de consumidor llevado a cabo posteriormente en el propio TRLGDCU, la cuestión de la caracterización del adquirente como consumidor es a menudo irrelevante, porque en el sector de la vivienda se ha producido un fenómeno caracterizado porque la clientela en general, con independencia del destino final para el que se contrata, es objeto de una especial protección (garantías por las cantidades entregadas a cuenta, por daños a las edificaciones, normas de transparencia e información, etc.).

Por su parte, el RD 515/1989 sobre información a suministrar en la compraventa y el arrendamiento de viviendas, contiene en desarrollo del artículo 10 LGDCU y de la lista de cláusulas abusivas de su Disposición Adicional Primera, algunas normas de protección material del comprador, que prohíben la inclusión de determinadas cláusulas como parte del contrato o asignan directamente al promotor obligaciones contractuales de las que no puede exonerarse por pacto en contrario. Las disposiciones contenidas en este RD 515/89 son de aplicación supletoria a las del Código Civil que han asumido competencia plena en materia de protección de los consumidores, salvedad hecha de los artículos 3.2 (equivalente al art. 61 TRLGDCU) y 10 (arts. 82 y sigs. TRLGDCU) que se consideran comprendidos en la competencia estatal exclusiva sobre derecho civil (DA Segunda RD 515/89 y DF Primera Real Decreto Legislativo 1/2007).

Las cláusulas de los contratos de compraventa y alquiler que no hayan sido negociadas individualmente, deberán constar con la debida claridad y sencillez, sin hacer referencia a documentos que no se hayan tenido en cuenta previa o simultáneamente a la celebración del contrato y, a los que en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. Las cláusulas deberán cumplir con los requisitos de accesibilidad y legibilidad, de manera que permitan al consumidor conocer la existencia y contenido del contrato y, han de responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Estos requisitos no se aplican solo las condiciones generales de la contratación¹, sino a toda cláusula contenida en un contrato entre un empresario y un consumidor que no haya sido negociada individualmente, correspondiendo al empresario la carga de la prueba de dicha negociación individual. Los contratos que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además a la Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación *ex*

artículo 59.3 TRLGDCU. Respecto de las condiciones generales de la contratación propiamente dichas, el artículo 5.1 LCGC además de exigir que su redacción se ajuste a los «criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez» con los efectos previstos en el artículo 7-b LCGC relativos a la no incorporación al contrato de la cláusula en cuestión, impone que se haga referencia a su existencia en el contrato firmado por todas las partes y que se facilite al adherente un ejemplar de las mismas. Por lo tanto, no llegan a formar parte del contrato las que no hayan sido entregadas físicamente al consumidor, aunque hayan estado a su disposición en el establecimiento del promotor en cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 a 8 del RD 515/1989, ni tampoco las condiciones generales que le hayan sido entregadas al consumidor después de la celebración del contrato.

Estos requisitos han de cumplirse en cualquier contrato de transmisión del derecho sobre inmuebles, con independencia de la condición de consumidor del adquirente. Como señala la jurisprudencia², no puede declararse abusiva pero tampoco queda incorporada al contrato aunque la finalidad empresarial de la adquisición no quedase contradicha por el adquirente, la cláusula que impone a este el pago «de todos los demás gastos y tributos derivados de la escritura, de los actos y contratos que en la misma se formalizan y su inscripción en el Registro de la Propiedad», ya que su falta de concreción y claridad impide conocer cuáles son los específicos gastos o tributos que han de soportar los adquirentes.

Las condiciones beneficiosas para el consumidor, aunque se hayan ofrecido en cualquier momento del contrato o se haya hecho referencia a ellas de cualquier manera forman parte siempre de las obligaciones contractuales del promotor (art. 61.3 TRLGDCU y STS 30/6/1997 que impide prescindir del carácter publicitario de los folletos promocionales³).

II. COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES PREVIAS Y NORMATIVA JURÍDICA

En el mercado inmobiliario actual suele ser frecuente comprar la vivienda sobre plano y, por tanto pendiente su construcción. Ello resulta especialmente complejo en lo respecta a su naturaleza jurídica, ya que por un lado existe una obligación de hacer, la del constructor en efectuar la obra, pero al mismo tiempo también existe una obligación de dar, ya que en definitiva lo que se está celebrando es un contrato de compraventa.

Se refleja incluso en la formalización del contrato, ya que en primer lugar se suscribe un contrato privado, donde se recogen la ejecución de la obra, la entrega del piso y los pagos fraccionados que debe efectuar el comprador durante todo el proceso que dura la construcción y, en segundo lugar y cuando la misma está ya totalmente terminada, se formalizará la escritura pública de compraventa.

Precisamente porque estamos en presencia de la adquisición de algo inexistente, resultan tan importantes las garantías que amparan la adquisición en el momento de prestar su consentimiento el consumidor. Resulta fundamental que la oferta, incluida la publicitaria tenga carácter vinculante para el promotor-vendedor así como la regulación legal detallada del RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas.

Las cantidades entregadas a cuenta del precio durante la construcción se encontraban reguladas en la Ley 57/1968 hasta que ha sido derogada por la

letra a) de la disposición derogatoria tercera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. Esta Disposición Transitoria tercera ha sido introducida por el apartado cuatro de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras.

Las novedades a destacar respecto a la regulación contenida en la Ley 57/1968 son las siguientes:

1. La obligación de garantizar, será desde la obtención de la licencia de edificación y la garantía se entenderá a las cantidades aportadas por los adquirentes, incluidos los impuestos aplicables, más el interés legal del dinero.

2. Se fijan los requisitos que deben cumplir las garantías, tanto si se ha contratado un seguro de caución como si se opta por un aval.

En el primer caso, la duración del seguro no puede ser inferior a la fecha de la construcción y entrega de la vivienda; si se concede una prórroga para la entrega de la vivienda, se puede prorrogar el seguro por el promotor, debiendo informar al asegurado; si la construcción no llega a buen fin en plazo, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades y, si este no procede a su devolución en el plazo de 30 días, se podrá reclamar al asegurador; el asegurador debe indemnizar en el plazo de 30 días desde la reclamación; si el asegurador ha satisfecho la indemnización, el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad asegurada por la cantidad indemnizada.

Si se opta por un aval, este se debe emitir y mantener en vigor por la totalidad de las cantidades anticipadas, incluidos impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega del anticipo hasta la fecha prevista de entrega de la vivienda.

Si la construcción no se inicia o no llega a buen fin en plazo, se debe requerir de modo fehaciente al promotor para la devolución de todas las cantidades y si este no procede a su devolución en el plazo de 30 días, se podrá reclamar al avalista la devolución. Si pasan dos años desde el incumplimiento del promotor de la obligación garantizada sin que se haya requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y devolución de las cantidades, se producirá la caducidad del aval.

3. No se establece el carácter ejecutivo del aval o el contrato de seguro, que se determinaba anteriormente en el artículo 3 de la Ley 57/1968.

4. En cuanto a la cancelación de la garantía, la misma se producirá, además con la expedición de la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente y la acreditación de la entrega de la vivienda al adquirente, cuando cumplidas esas condiciones, el adquirente rehusara recibir la vivienda.

5. Se determina que el incumplimiento de las obligaciones impuestas constituye una infracción en materia de consumo, aplicándose la normativa al respecto tanto general como autonómica y sin perjuicio de las competencias de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. El incumplimiento de la obligación de constituir la garantía dará lugar a una sanción de hasta el 25% de las cantidades que han de ser aseguradas y, además se impondrán al promotor, las infracciones y sanciones que puedan corresponderle conforme a la legislación específica en materia de ordenación de la edificación.

Esta nueva norma, en sus aspectos generales, supone una continuación de lo dispuesto en la Ley 57/1968, siendo lo más destacable que la obligación de

garantizar será desde la obtención de la licencia de edificación; el que será necesario proceder a la reclamación previa al promotor para que posteriormente se pueda solicitar la devolución al asegurador o avalista y, sobre todo, lo que en mi opinión es lo más criticable: el hecho de que el aval quede caducado, si el adquirente no requiere al promotor para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades en el plazo de dos años desde el incumplimiento de la obligación garantizada.

Esto significa que el comprador deberá tener mucho cuidado en relación a los plazos cuando solicite la devolución de las cantidades anticipadas, ya que si han transcurrido dos años desde la fecha de comienzo de las obras o de la entrega pactada, verá como la garantía está ya caducada y no podrá exigir el reembolso al avalista.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA VENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN

Para que la vivienda futura tenga existencia o individualidad o para que el vendedor promotor pueda eficazmente disponer de ella, es necesario, en algunas ocasiones, que aquel realice una actividad previa consistente en construir, surgiendo así la dificultad de diferenciar el contrato de compraventa del de ejecución de obra con aportación de materiales por el contratista.

Son varias las posiciones mantenidas por la doctrina pero en esta cuestión seguiremos la indicada por los profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. Estos autores entienden que se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad de los contratantes, para averiguar si dieron especial importancia al trabajo a realizar sobre la materia objeto de aquel proceso, en cuyo caso el contrato será de obra. Sin embargo, también toman en consideración reglas de interpretación objetiva, como la naturaleza del objeto o como la creación o no de una nueva especie o la naturaleza principal o accesoria de los materiales.

Se trata de un contrato en el que la existencia de la obligación de hacer (construir), aunque preparatoria de la obligación de entregar la vivienda, conllevará la aplicación de algunas de las normas propias de los contratos de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa.

Esa naturaleza meramente preparatoria de la previa prestación de hacer explica que el incumplimiento de la misma se refleje en la de entregar. Si la cosa no llega a tener existencia, el vendedor no cumplirá su obligación de entrega y quedará sin causa la obligación recíproca del comprador de pagar el precio. Si la cosa es entregada, pero no reúne las características convenidas o exigibles, la entrega tampoco será liberatoria por falta de identidad entre lo prometido y ejecutado (art. 1166 del Código Civil) y permitirá al comprador exigir la entrega de otra cosa, según lo convenido, e incluso, un *facere* reparador para adecuar lo entregado a lo estipulado en el contrato.

Por nuestro Tribunal Supremo (SSTS DE 30 de septiembre de 1989, 13 de marzo de 1990, 18 de mayo de 1992 y 15 de febrero de 1994) se viene calificando este negocio jurídico como compraventa de cosa futura cuya posibilidad viene admitida por el artículo 1271 del Código Civil en el sentido de que la vivienda no existe en el momento mismo en que se crea la obligación, pero respecto de la cual hay seguridad o gran probabilidad de que llegará a existir.

En la primera de las sentencias referidas se considera definitivo para calificar de compraventa de cosa futura la vivienda en construcción: *«en el vendedor la obligación esencial y constitutiva de entregar al comprador la cosa vendida, una*

vez que esta ha alcanzado existencia real y física, aparte de desplegar la actividad necesaria para que dicha existencia llegue a tener lugar de manera que el contrato queda plenamente desnaturalizado, como tal venta de cosa futura, si el supuesto vendedor no contrae o se desvincula de la expresada obligación esencial de entrega».

En ocasiones, el Tribunal Supremo califica este contrato con la modalidad de *emptio rei speratae* y así en la STS de 22 de marzo de 1993 declara que: «*Fueron sendas compraventas de cosa futura (emptio rei speratae), cuya calificación corresponde (SSTS de 17 de febrero de 1967, 3 de junio de 1970, 30 de octubre de 1989) a la de una vivienda o local comercial en proyecto de construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación, y en la que el vendedor, una vez que la ha terminado, asume la obligación de entregarla al comprador, que deberá pagar, obviamente, el precio pactado».*

Por otro lado, el contrato pertenece a la subespecie de aquellos en los que el vendedor asume la obligación preparatoria de construir o promover la construcción de la cosa a entregar. Así lo pone de manifiesto la STS de 1 de julio de 1992 al expresar: «*Hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de despegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó que, por ello, no reviste naturaleza contractual».* Ello lo convierte en un contrato complejo, como se expuso anteriormente, y lo somete a algunas normas propias del de ejecución de obra, combinadas con las de la compraventa.

3. GARANTÍAS EXIGIBLES ANTES DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA

El momento en que son exigibles estas garantías es el de los denominados tratos preliminares que comprenden los actos o series de actos que preceden o pueden preceder a la formación de un contrato y que se llevan a cabo con esa finalidad.

Dentro de esta fase precontractual destaca la idea de que los términos de la oferta en sentido amplio, incluida la publicitaria, tienen carácter vinculante para el promotor-vendedor.

Así, el artículo 8.1 LGDCU expresa: «*La oferta, promoción y publicidad de productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de los establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibidos».*

En el artículo 3.2 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, también se expresa: «*Los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado».* Es decir, que la campaña publicitaria de captación ha de ser veraz y no engañosa y, de otro lado, tiene carácter vinculante o contractual para el promotor aún cuando después no se refleje expresamente en el contrato.

En el caso de que la publicidad fuese engañosa (arts. 4 y 5 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad), el comprador afectado podrá ejercitar

las acciones de cesación y rectificación pertinentes, sin perjuicio de las acciones civiles que también puede ejercitar por incumplimiento contractual.

Sobre esta cuestión, en la STS de 21 de julio de 1993: *«obligación exclusiva de la promotora a finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1096, 1101, 1256 y 1257 del Código Civil y artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»*.

Para que el comprador pueda realizar una valoración correcta sobre las características físicas, económicas y jurídicas de la vivienda a adquirir se obliga al promotor a facilitar una información muy exhaustiva.

El adquirente de la vivienda es titular de un derecho a la información que se regula con el carácter de fundamental en el artículo 13.1 LGDCU cuando dice que: «Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales...».

Este derecho a la información se desarrolla de una manera más detallada en el ámbito de la compraventa de viviendas en el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, que hemos citado antes, en cuyo artículo 3.1 declara que: «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir al error a sus destinatarios de modo tal que afecte a su comportamiento económico, y no silenciará datos fundamentales de los objetos de la misma» Con este precepto se vienen a determinar los fines de la información previa que deben facilitar los promotores a los interesados en la compraventa de viviendas, de un lado, debe ser veraz para que no pueda inducir a error a los compradores y, de otro lado, debe de ser completa. En el caso de que la información facilitada no sea veraz o sea incompleta de manera que el adquirente llega a hacerse una representación mental sobre la vivienda que va a adquirir que no coincide con la que realmente se le entrega, podría dar lugar a la anulación del contrato de compraventa por la concurrencia del error-vicio sobre las cualidades de la cosa que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo *ex* artículo 1266 del Código Civil y, si se facilita de manera deliberada una información inveraz e incompleta, al margen de posibles responsabilidades penales al incurrir en tipos penales de fraude patrimonial, estaríamos en presencia del dolo como vicio de la voluntad (arts. 1269 y 1270 del Código Civil).

III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MAYO DE 2014

El aval por las cantidades a cuenta entregadas por el comprador es automáticamente exigible al banco en caso de incumplimiento del plazo de entrega pactado.

Una sentencia del TS de 7 de mayo de 2014 ha establecido como doctrina jurisprudencial que cuando se demande exclusivamente al avalista en juicio declarativo, reclamando el importe del aval constituido al amparo de la ley 57/1968, la entidad de crédito no podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1853 del Código Civil, debiendo abonar las cantidades, debidamente reclamadas y entregadas a cuenta, una vez incumplido el plazo convenido para la obligación de entrega, por cualquier causa.

Para llegar a esa conclusión ha señalado previamente que la regla del artículo 3 de la Ley 57/1968 es una norma de rescisión automática que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968, sin necesidad de examinar la causa de resolución *ex* artículo 1124 del Código Civil.

Por ello, dado que el aval que garantiza para el comprador del inmueble las cantidades entregadas a cuenta al promotor, según el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968 se basa en un claro criterio objetivo (que «por cualquier causa» la construcción no se inicie o no llegue a buen fin), en caso de incumplimiento el avalista no puede oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil.

En consecuencia, una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no se puede entrar a valorar si la demora es excesiva o no, sino el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta.

A) Los hechos

El demandante en el caso compró sobre plano una vivienda a una promotora, en fecha 22 de septiembre de 2006.

La estipulación quinta del contrato fijaba la fecha de entrega en el segundo semestre de 2008, «salvo que medie justa causa». Las cantidades entregadas se garantizaron mediante aval, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 57/1968, con la caja demandada.

Se emitió el certificado final de obra el 29 de diciembre de 2008. La recepción del mismo por parte del Colegio de Arquitectos es de 19 de enero de 2009. La licencia de primera ocupación se solicitó el 9 de enero de 2009 y se concedió el 9 de marzo de 2009.

La fecha convenida para la entrega de la vivienda era el 31 de diciembre de 2008. El 2 de enero de 2009 se requirió de pago por el comprador a la entidad bancaria, con cargo al aval. El 10 de febrero de 2009 se requirió de resolución por el comprador a la vendedora por burofax. Tanto en primera como en segunda instancia se desestimó la demanda interpuesta por el comprador contra el banco avalista.

La sentencia recurrida entendió que se debía examinar la causa de la resolución entrando a analizar la intensidad del incumplimiento de la promotora (que en este caso no fue demandada), y se denegó la resolución al considerar que el retraso fue insuficiente, dado el escaso tiempo transcurrido entre el final de la obra y la obtención de la licencia de primera ocupación.

Interpuesto recurso de casación por el actor, el TS lo estima, de acuerdo con los siguientes fundamentos de derecho:

B) LA SENTENCIA DEL TS

«SEGUNDO. Motivo único.- Si el artículo 3 de la Ley 57/1968 de 27 de julio es una norma de rescisión automática distinta de la del artículo 1124 del Código Civil que permite la rescisión por incumplimiento del plazo de entrega de la vivienda, siendo suficiente el cumplimiento de las condiciones que exige la Ley 57/1968 o por el contrario hay que examinar la causa de resolución *vía* artículo 1124 del Código Civil.

Se estima el motivo.

Por el recurrente se alegó que al reclamar el importe de las cantidades entregadas a cuenta al avalista, es suficiente con acreditar que no se ha cumplido el plazo de entrega de la vivienda adquirida, sin necesidad de examinar la causa de resolución (vía artículo 1124 del Código Civil) por lo que no sería necesario entrar a valorar si el incumplimiento de la promotora vendedora es grave o no y sin necesidad de razonar sobre la frustración o no de la finalidad contractual.

Esta Sala debe decidir, al pedirlo el recurrente, si transcurrido el plazo de entrega de una vivienda, adquirida con los condicionantes de la Ley 57/1968, se puede entender que automáticamente puede reclamarse el importe al avalista, sin necesidad de valorar si el retraso ha sido excesivo o no, o si se ha frustrado o no la finalidad del contrato.

El recurrente plantea que se produce la apertura automática de la posibilidad de reclamar con cargo al aval al día siguiente de incumplido el plazo de entrega de la vivienda.

En base a ello el comprador y recurrente entiende que si la vivienda se hubo de entregar el 31 de diciembre de 2008, el importe del aval se podía exigir desde el 2 de enero de 2009 (primer día hábil), sin que se deba entrar a considerar si el plazo de expedición de la licencia de primera ocupación fue excesivo o no (emitida el 9 de marzo de 2009 y solicitada el 9 de enero de 2009).

TERCERO. El artículo primero de la Ley 57/1968 establece la necesidad de que la promotora garantice la devolución de las cantidades entregadas antes y durante la construcción, respondiendo también de la terminación en el plazo convenido.

El artículo segundo insiste en esta obligación, debiendo hacer entrega el cedente, al otorgamiento del contrato, del documento que acredite la garantía.

El artículo tercero permite al cesionario la rescisión con devolución de las cantidades entregadas a cuenta cuando ha expirado el plazo para la terminación de la obra.

La Disposición Adicional Primera de la Ley de Ordenación de la Edificación 38/89 marca límites a los intereses.

Sobre el particular ha declarado la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 2011: «Como principio general, procede sentar que la omisión del aval o garantía, así como el depósito en cuenta especial de las sumas anticipadas por los adquirentes, referidas en el artículo 1 de la Ley 57/1968, implica que la vulneración de lo pactado resulte grave o esencial...».

En el mismo sentido se considera esencial la mencionada obligación en la sentencia de esta Sala de 10 de diciembre de 2012 y en la de 5 de febrero de 2013.

A la vista de esta doctrina hemos de resaltar la importancia de garantizar las cantidades entregadas a cuenta, deber que se impone legalmente.

El aval pretende asegurar a los compradores frente a los incumplimientos de los vendedores, en cuanto a la entrega de la obra en plazo, exigiendo a la promotora la inversión de las cantidades entregadas en la obra concertada (preámbulo de la Ley 57/1968), previsión legal cuya necesidad se destaca en situaciones de crisis económica, lo que refuerza la esencialidad de la garantía que estamos analizando.

Sentada la trascendencia del aval, a la luz de la Ley 57/1968, debemos determinar si se trata de un aval de naturaleza autónoma supeditado solo a los términos contenidos en el mismo, o, por el contrario, está subordinado a las circunstancias de la obligación de entrega que garantiza.

Examinado, por esta Sala, el tenor de los preceptos de la Ley 57/1968 se aprecia que, al exigir la misma la constitución del aval, refuerza su función garantizadora al dotar de naturaleza ejecutiva al mismo y no pudiendo olvidar

que el hecho de que lo imponga una Ley, le aporta una especial trascendencia hasta el punto de que ello ha contribuido a que esta misma Sala considere, como obligación esencial, su constitución, como antes dijimos.

Por ese reforzamiento de la garantía establece el artículo 1, regla primera de la Ley 57/1968: Que el avalista responderá para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido.

Cuando el precepto establece que «por cualquier causa» no llegue a buen fin, está estableciendo un claro criterio objetivo en torno a la exigencia del aval, por lo que el avalista no podrá oponer los motivos de oposición que pudieran corresponderle al avalado, en base al artículo 1853 del Código Civil.

El artículo 1 de la Ley 57/1968 regula la posición del avalista como figura autónoma, por lo que una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga, ya que incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas.

No puede situarse el avalista bajo el amparo del artículo 1853 del Código Civil ya que el artículo 1 de la Ley 57/1968 condiciona la exigencia del importe del aval al «caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido», resultando indiferente para el legislador que el retraso haya sido más o menos breve.

Este pronunciamiento sobre la obligación de pago del avalista, se hace en base a que en el presente procedimiento solo se ha dirigido la acción contra la entidad de crédito.

Tampoco se pidió, por tanto, la rescisión ni la resolución frente al promotor o vendedor.

CUARTO. Estimado el motivo y asumiendo la instancia debemos estimar íntegramente la demanda en la que se reclamaba al avalista el importe de las cantidades entregadas a cuenta por importe de 20.876,03 euros, acreditado el pago de tales cantidades mediante documentación del anticipo, del contrato y del movimiento bancario. Más los intereses legales desde la fecha en que se requirió de pago al avalista (arts. 1100 y 1108 del Código Civil; y disposición adicional primera c) de la Ley de Ordenación de la Edificación que deroga parcialmente la ley 567/1968 al dejar sin efecto el interés del 6%).

No puede limitarse la condena al importe del aval, por importe de 15.337,51 euros, pues como se establece en la sentencia de 3 de julio de 2013: No procede respetar los límites cuantitativos de la póliza de seguro, pues la misma, al constar que se efectuaba al amparo de la Ley 57/68, que obliga a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta, no debió contener límites inferiores...

La referida limitación cuantitativa, por debajo de las cantidades entregadas, viola el artículo séptimo de la Ley 57/1968 cuando determina la irrenunciabilidad de los derechos de los cesionarios, pues la ley establece un contenido normativo y obligatorio para los avales o seguros, en su caso, que garantizan las cantidades entregadas a cuenta, cuya cobertura no podrá ser inferior a las sumas entregada por los compradores».

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE ENERO DE 2015

El pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia, de fecha 13 de enero de 2015 por la que establece como doctrina jurisprudencial que:

«a) De acuerdo con el artículo 2 de la Ley 57/1968 es obligación exclusiva del promotor-vendedor ingresar las cantidades anticipadas por los compradores en la cuenta especial, que el referido promotor debe abrir.

b) La irrenunciabilidad de los derechos por el comprador, que establece el artículo 7 de la Ley 57/1968, impide que en el contrato que se aseguren o avallen las cantidades anticipadas se pueda imponer al comprador la obligación de depositar las cantidades en la cuenta especial como condición para que queden aseguradas».

A) *Los hechos*

En el litigio que dio origen al recurso que resuelve la Sala, los compradores solicitaron, frente a la vendedora y la aseguradora, la resolución de sus contratos de compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas.

La demanda fue desestimada en primera instancia al entender que no se había producido incumplimiento del plazo de entrega por la vendedora.

Sin embargo, la Audiencia Provincial de Cádiz consideró que este plazo no había sido respetado y estimó en parte el recurso de apelación de los compradores, resolviendo los contratos. En cuanto a las cantidades a devolver, condenó solo a la vendedora, eximiendo de responsabilidad a la aseguradora al entender que, conforme a lo dispuesto en el contrato de seguro, los compradores debieron haber ingresado las cantidades entregadas en una cuenta especial designada en el mismo, y que esta cláusula había sido firmada por los compradores.

Interpuesto recurso por los compradores, el TS estima su pretensión, casa la sentencia de la AP Cádiz y condena a la entidad bancaria a que abone, de forma solidaria con la vendedora, las cantidades anticipadas.

B) *La sentencia del TS*

Los argumentos de la Sala al respecto son los siguientes:

Se alega por los recurrentes que la sentencia recurrida infringe la doctrina jurisprudencial que emana de sentencia núm. 212 de 2001, de 8 de marzo (recurso 113 de 1996), sentencia núm. 1235 de 1998, de 30 de diciembre (recurso 2168 de 1994) y sentencia de 7 de junio de 1983, en las que se refiere que es a la entidad vendedora a quien incumbe la obligación de ingresar las cantidades anticipadas en la cuenta especial.

Igualmente se citan sentencias de Audiencias Provinciales que se pronuncian de acuerdo con la doctrina jurisprudencial y, en contra, por tanto, de la seguida por la sentencia recurrida.

Esta Sala debe resaltar que el artículo primero de la Ley 57/1968 de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, declara que los promotores de construcciones, que pretendan recibir de los adquirentes entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma, deberán cumplir «las condiciones siguientes»... percibir las cantidades «a través de una Entidad bancaria o caja de Ahorros en las que habrán de depositarse en cuenta especial...».

Es decir, la ley impone al promotor la obligación de depositar las cantidades anticipadas en una cuenta especial, al efecto designada, pero nunca impone dicha obligación al comprador.

El artículo séptimo de la mencionada ley declara que los derechos que reconoce la referida norma «a los cesionarios tendrán el carácter de irrenunciables».

En interpretación de las referidas normas declara la sentencia de esta Sala núm. 212 de 2001, de 8 de marzo, que si el ingreso de las cantidades anticipadas se efectuó en cuenta diferente de la especificada en la póliza de seguros, ello es una cuestión «a dirimir entre la aseguradora y la parte vendedora».

En el mismo sentido las sentencias de 1998, de 30 de diciembre y de 7 de junio de 1983.

No puede pretender la aseguradora que los derechos reconocidos legalmente al comprador puedan renunciarse en la póliza de seguros, que firma como asegurado, que no tomador (art. 7 de la Ley de Contratos de Seguro).

Declara esta Sala que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor; como dijimos, siendo irrenunciable el derecho del comprador a que las cantidades ingresadas en esa cuenta especial queden así aseguradas, por lo que no puede establecer la póliza el desplazamiento al comprador de una obligación que solo corresponde al vendedor de acuerdo con la Ley 57/1968, dada la irrenunciabilidad mencionada, de lo que se deduce que no cabe entender excluida la cobertura del seguro.

En este sentido, en la sentencia de 3 de julio de 2013 declaramos la prioritaria eficacia de lo previsto en la Ley 57/1968 sobre lo pactado por las partes, incluso en cuanto a las cantidades a devolver.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 30 DE ABRIL DE 2015

Esta sentencia contempla un supuesto de viviendas en construcción poniéndose de manifiesto la finalidad tuitiva y el carácter imperativo del artículo 1 de la Ley 57/1968 respecto de las cantidades entregadas a cuenta del precio así como la obligación de restituir al comprador dichas cantidades aunque no se ingresasen en la cuenta especial concertada entre el promotor y la entidad bancaria.

Las sentencias de instancia estimaron la demanda de restitución de las cantidades entregadas a cuenta del precio de las viviendas adquiridas por los demandantes y el TS declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad financiera demandada⁴.

4. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE DICIEMBRE DE 2015

El TS en sentencia de 21 de diciembre de 2015 sienta jurisprudencia y ordena a los bancos devolver el dinero adelantado por clientes a promotores para viviendas que nunca se construyeron estableciendo que los bancos donde la promotora deposita el dinero de las entregas a cuenta para la compra de una vivienda en construcción son responsables de la devolución del mismo, si el piso no se llega a construir o entregar en plazo legal al comprador y el promotor no ha avalado o asegurado estas cantidades⁵.

El TS da la razón a un consumidor que compró una vivienda en promoción, habiendo entregado a cuenta del precio, más de 38.000 euros. Este dinero se iba entregando en una cuenta que la promotora tenía en la entidad CAM, pero la promotora no había suscrito aval ni seguro para garantizar al cliente la devolución

del dinero. La promotora no terminó la obra y el TS condenó a la promotora y al banco donde se depositaba el dinero, a devolvérselo al consumidor.

En la compra de viviendas en construcción, la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en vigor hasta el 1 de enero de 2016 como hemos visto) obligaba a las promotoras a garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, con un seguro o aval bancario y a que ese dinero, quedara depositado en una cuenta especial que solo se utilizaba para la construcción de las viviendas.

De esta forma, finalizado el plazo pactado, si no se hace la entrega de la vivienda al comprador, este puede resolver el contrato y solicitar la devolución de su dinero más el 6% de interés. Ahora y desde el 1 de enero de 2016, esta obligación de garantizar la devolución de cantidades viene regulada en la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación donde el consumidor tiene dos años, a contar desde la falta de entrega de la vivienda en plazo, para ejecutar el aval bancario y reclamar su dinero.

En este caso, el consumidor ingresaba el dinero a cuenta del precio de la compra de la vivienda, en una cuenta bancaria a nombre de la promotora. Pero la promotora no le hizo entrega de aval bancario o seguro alguno que garantizara la devolución de ese dinero, en caso de paralización de la obra o de falta de entrega en el plazo establecido en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, el consumidor se encontraba desamparado: sin aval bancario o seguro, no tenía garantizada la devolución del dinero porque la promotora estaba en quiebra. Ante esta situación, el TS considera que el banco donde se depositaban las cantidades entregadas por el comprador, es responsable solidario, junto con la promotora, de la devolución del dinero.

Considera el TS que la ley obliga a las promotoras a recibir cantidades anticipadas a través de una entidad bancaria, solo pudiendo disponer de esos fondos para los gastos de la construcción de las viviendas. Y lo más importante: Para la apertura de esta cuenta bancaria, el banco bajo su responsabilidad debe exigir que se haya prestado aval o seguro a favor del consumidor.

En definitiva, el TS considera que si un banco acepta que un promotor abra una cuenta para la construcción de una promoción de viviendas donde se van ingresando las cantidades que pagan los compradores, el banco tiene la obligación de comprobar que la promotora tiene seguro o aval para garantizar la devolución del dinero. En caso contrario, el banco es responsable directo de esa devolución frente al consumidor.

Se considera que el banco interviene y se beneficia como un sujeto más del proceso de la construcción, no había abierto una cuenta especial para la promoción y sabía que los compradores estaban ingresando dinero en sus cuentas, por lo que se le obliga a responder frente al consumidor, en caso de que el promotor no haya avalado o asegurado esas cantidades.

De esta forma el TS fija doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad solidaria de las entidades bancarias con las promotoras quebradas y establece que: «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968 las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abierta en dicha entidad».

Hay que tener en cuenta que para poder exigir la resolución de la compra de la vivienda y la devolución de las cantidades entregadas a la promotora, no

basta con cualquier incumplimiento, sino que debe tratarse de un incumplimiento grave y esencial que frustre las expectativas de los compradores.

La Audiencia Provincial de Valencia en sentencia de 28 de enero de 2016 aplica por primera vez la doctrina jurisprudencial del TS estableciendo que los particulares que entregaron dinero a cuenta a promotoras que quebraron o desaparecieron por la compra de una vivienda que nunca fue construida podrán recuperar su dinero. La Audiencia Provincial responsabiliza por primera vez a un banco y le obliga a reintegrar el anticipo y los intereses a una persona que compró una vivienda sobre plano a una promotora que quebró.

La sentencia de la Sección undécima de la APV es clara en este sentido y señala que «En las compraventas de viviendas regidas por la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad».

La mencionada sentencia señala: «La responsabilidad que el artículo 1-2.º de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial carácter de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de exigir».

Esta sentencia marca un antes y un después para todos aquellos compradores que no recibieron ningún tipo de aval tras haber entregado un anticipo a cuenta a una promotora que posteriormente quebró y toma en cuenta el criterio sentado en la sentencia del TS que hemos mencionado, abriendo la puerta a la denuncia contra las entidades bancarias de muchas personas que compraron sus casas sobre plano y que daban su dinero por perdido.

Esta vía está abierta a cualquier ciudadano que no recibió un aval por el depósito realizado y que pueda demostrar que realizó un pago a la entidad. Además no solo se dirige a aquellos a los que no se entregó la casa al no haberse finalizado la promoción, sino también a los que recibieron las llaves de su nueva casa fuera de plazo. Todos aquellos que hayan ido contra la promotora, con el objetivo de resolver el contrato de compraventa, también podrán interponer una denuncia contra la entidad bancaria y así tratar de recuperar la suma de dinero entregada.

Otro punto a tener en cuenta es que las entidades bancarias no solo debieran reintegrar el dinero ingresado en concepto de adelantos, sino también los intereses generados desde el momento en que se realizó la transferencia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M.^a T. (2010). *Las obligaciones legales de información precontractual en la compraventa de vivienda*. Navarra: Thomson Reuters.
CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la construcción y la vivienda*. Navarra: Aranzadi.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la Compraventa, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz*, Tomo II. Navarra: Aranzadi, pp. 1076 y sigs.
- DOMÍNGUEZ ROMERO, J. (2011). *La recuperación de cantidades anticipadas por el adquirente de vivienda en construcción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a C. (2015). Cláusulas abusivas en la compraventa de vivienda. En: M.^a A. Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch (pp. 357-412)
- MILA RAFEL, R. (2014). *Promoción inmobiliaria, autopromoción y cooperativa de viviendas* (obligaciones y responsabilidades en Derecho de la edificación). Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- PARRA LUCÁN, M.^a A. (2015). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PERTIÑEZ VILCHEZ, F. (2004). *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Navarra: Thomson Aranzadi.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de septiembre de 1989
- STS de 13 de marzo de 1990
- STS de 18 de mayo de 1992
- STS de 15 de febrero de 1994
- STS de 22 de marzo de 1993
- STS de 17 de febrero de 1967
- STS de 3 de junio de 1970
- STS de 30 de octubre de 1989
- STS de 1 de julio de 1992
- STS de 21 de julio de 1993
- STS de 7 de mayo de 2014
- STS de 13 de enero de 2015
- STS de 20 de enero de 2015
- STS de 30 de mayo de 2015
- STS de 22 de septiembre de 2015
- STS de 21 de diciembre de 2015
- SAP de Alicante de 12 de junio de 2014
- SAP de Valencia de 28 de enero de 2016

NOTAS

¹ Señala GÓMEZ CARRASCO, M.^a C. (2015). Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria. En: María de los Angeles Parra Lucán (dir.). *Acceso a la vivienda y contratación*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 357-412: Desacertadamente, la STS 24/9/2013, que estableció los requisitos de validez de las cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores, excluye la cláusula en cuestión del concepto objetivo de cláusula abusiva porque no fue redactada con la finalidad de ser incorporado a una pluralidad de contratos y por lo tanto no constituyó una condición general de la contratación.

² SAP Alicante 12 de junio de 2014.

³ No obstante, la STS 22/9/2015 se aparta de esta línea cuando las modificaciones afectan exclusivamente a elementos comunes, permaneciendo las características de la vivienda

según proyecto y aquellas son introducidas con motivo del otorgamiento de la escritura de división horizontal por el promotor, autorizado por una cláusula contractual para ello, tras comenzar las ventas sobre plano pero antes de otorgar escritura pública.

⁴ El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la interpretación de la Ley 57/1968, de 27 de julio con relación a diversos aspectos de aplicación de la misma, particularmente respecto a las siguientes cuestiones: a) el alcance del artículo 1 de dicha ley respecto de lo pactado en el contrato de afianzamiento en orden al reintegro, solamente de las cantidades ingresadas en la cuenta especial de la entidad; b) La novación extintiva del contrato de afianzamiento a través de los avales individualizados a los efectos de ajustar el interés aplicable a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 38/1999.

La fundamentación jurídica de la demanda encuentra apoyo:

— En la Ley 57/68, de 23 julio, por la que se regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que es presentada como medida esencial de intervención estatal en el mercado inmobiliario, dirigida a la protección del consumidor, entendido como la parte más débil de la relación contractual. Dicha protección se ve avallada por la propia Ley 38/99 de Ordenación de la Edificación que se hace eco del clamor social amparado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, protegiendo el cooperativista con los beneficios tuitivos de la legislación sobre consumidores. El legislador instituye dichas normas desde el «*ius cogens*» un mandato de ineludible cumplimiento, dirigido a la protección del adquirente, al instituir un derecho objetivo de reintegro de los capitales anticipados para la adquisición de la vivienda en construcción (art. 1 Ley 57/1968), de la que hace responsable activamente tanto los promotores como a las entidades bancarias, al obligar a abrir una cuenta especial para depósito de las cantidades anticipadas, garantizada mediante la prestación de un aval solidario o seguro de caución.

— En el presente caso es Caja Rural de Burgos la que presta su aval solidario en beneficio del adquirente, a fin de garantizar la devolución de todas las cantidades que cada uno de los cooperativistas entregue a cuenta, bajo la única condición de que no se ponga a disposición del titular la propiedad de la vivienda adquirida en plano, siendo de su responsabilidad el emitir los títulos de aval individualizados, no pudiendo aceptarse la oposición a la pretensión de pago por el hecho de no poseer un título que ella misma ha evitado emitir en contra de lo legalmente regulado. Existe igualmente una obligación «in vigilando» que se impone a las cajas de ahorro al obligarles a exigir al promotor la constitución de un aval o seguro que garanticen los depósitos efectuados por el adquirente en cuenta especial, quedando las cajas de ahorros como obligadas, disponiendo el depositario de un derecho subjetivo frente a estas para el resarcimiento por incumplimiento de la prestación debida, sin olvidar que se recoge como condición que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin POR CUALQUIER CAUSA en el plazo convenido.

— La caja demandada transgrede la norma de forma voluntaria y consciente al negar el abono de los avales, siendo exigible de su conducta una diligencia superior a la predicable del «buen padre de familia», cometiendo una infracción subjetiva por vulneración de la obligación instituida por la Ley y contractualmente, al tiempo que la cualidad profesional del agente infractor hace presumir un conocimiento experto del derecho en el ámbito de su ejercicio empresarial, resultando dable sostener que la caja demandada conocía, y en todo caso debía conocer, la naturaleza antijurídica y potencialmente lesiva de su actuación.

— Existe también responsabilidad subjetiva en la conducta de la caja demandada por dolo al incumplir el mandato de devolver los anticipos avalados, ya que dicho dolo viene definido como la conciencia y voluntad de producir una transgresión jurídica, en forma de infracción de un deber o vulneración del Derecho. El dolo exige un acto ilícito, un acto volitivo, conciencia infractora y tipicidad.

— Los anticipos ingresados en cuenta especial tienen consideración legal de depósito (art. 1.2 «*in fine*»), posibilitando tal definición, respecto de la incorrecta custodia, el ejercicio de acciones en el orden jurisdiccional penal, demostrando la enorme relevancia que pretende dar el legislador a la norma.

— Existencia de enriquecimiento injusto ya que el capital anticipado por los adquirentes cuya devolución se solicita mediante ejecución del aval, ha de considerarse valor añadido del solar objeto de promoción, sujeto por tanto a ejecución hipotecaria, toda vez que la ley

exige su asignación únicamente a gasto derivado de la promoción. De lo anterior se colige que con la ejecución de la hipoteca, debe entenderse resarcido tanto el préstamo al promotor, como el importe total que corresponde abonar por concepto de la garantía constituida para su devolución llegado el caso, ya que el total del capital se encuentra invertido en el solar ofrecido y aceptado como garantía suficiente, bajo la responsabilidad de la caja.

— El incumplimiento voluntario y consciente de la obligación de pago de las cantidades que aquí se reclaman en virtud de la línea de avales efectivamente constituida, al margen del daño patrimonial sobre el particular adquirente, genera también una perturbación del interés colectivo. Es voluntad de la ley la protección del consumidor adquirente de la vivienda en construcción. La voluntad de la ley determina la institución o nacimiento de un derecho objetivo conculcado por la caja.

— La entidad bancaria demandada está sujeta igualmente, al cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Bancarias, del que pueden extraerse varias normas clara e indiscutiblemente infringidas por la entidad financiera.

La demanda termina suplicando se declare la imposibilidad de la cooperativa demandada de cumplir con el fin societario, declarando igualmente justificada la situación de baja de los demandantes como socios cooperativistas y que se condene a Caja Rural de Burgos a reembolsar a los demandantes, en virtud de la línea de avales constituida, las cantidades especificadas en el suplico. Todo ello con imposición de costas a las partes demandadas.

⁵ Sus Fundamentos de Derecho son los siguientes:

PRIMERO. La demandante, compradora de una vivienda en construcción sometida al régimen de la Ley 57/1968, recurre en casación y por infracción procesal únicamente el pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia que, revocando en este particular la de primera instancia, desestimó la demanda respecto de la entidad de crédito codemandada, ya que los pronunciamientos respecto de la promotora-vendedora también demandada, teniendo a la demandante por desistida del contrato de compraventa y condenando a dicha promotora-vendedora a restituírle las cantidades anticipadas más intereses, fueron favorables a la demandante y han ganado firmeza.

Para resolver ambos recursos debe partirse de los siguientes hechos:

1. El 25 de junio de 2004 D.^a Apolonia suscribió con la promotora demandada un contrato de opción de compra respecto de una vivienda (con garaje) que debía construirse en la localidad de Denia (Alicante), pactándose por la opción un precio de 11.500 euros, la décima parte del precio total de la compraventa, que se fijó en 115.000 euros. Dicha vivienda formaba parte de una promoción para cuya construcción la promotora suscribió un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad «Caja de Ahorros del Mediterráneo» (CAM), que también avaló las obras de urbanización. El 14 de octubre de 2004 se suscribió el contrato de compraventa a que se refiere el litigio, en el que se incluyó una cláusula (sexta) por la que el vendedor se obligaba a entregar la vivienda en un plazo de 24 meses a partir de la firma del contrato (es decir, el 14 de octubre de 2006), siempre y cuando el comprador cumpliera todas sus obligaciones, y más en concreto el abono del precio aplazado en los términos pactados.

2. La compradora entregó a la promotora, a cuenta del precio y en varios pagos, la suma total de 38.400,55 euros. Dicha cantidad fue ingresada en una cuenta corriente que la promotora tenía en la CAM.

3. Antes de que venciera el plazo de entrega, la compradora admitió una ampliación de obra, lo que determinó que dicho plazo se prorrogara cuatro meses más (hasta el 14 de febrero de 2007), fecha en la que las obras no se habían concluido.

4. Con fecha 12 de noviembre de 2010 la compradora dedujo demanda contra la promotora y contra la entidad CAM en ejercicio acumulado de una acción de protección de su derecho fundamental a la dignidad, que entendía vulnerado en su condición de consumidora por no haberse garantizado debidamente la restitución de las sumas entregadas a cuenta de la construcción, y de una acción de «rescisión» del artículo 3.1 de la Ley 57/1968, interesando, con base en la primera, la declaración de vulneración del citado derecho fundamental y, con base en la segunda pretensión, que se la tuviera por desistida del contrato y se condenara solidariamente a ambas demandadas a restituír las cantidades entregadas a cuenta del precio más intereses desde la fecha del primer ingreso.

5. La promotora no compareció, siendo declarada en rebeldía. La CAM se opuso a la demanda alegando falta de legitimación pasiva por considerarse un tercero ajeno al contrato de compraventa y por no haber expedido ningún aval, dado que la promotora no se lo había solicitado. En cuanto al fondo, opuso que, de conformidad con la Ley 57/1968, correspondía al promotor en todo caso solicitar la constitución del aval y la apertura de una cuenta especial en la que se ingresaran las sumas anticipadas, existiendo en este caso únicamente una cuenta corriente con la que operaba la promotora para su actividad habitual y que venía siendo utilizada por esta desde mucho antes de que se suscribiera el contrato de compraventa litigioso.

6. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda. En concreto, desestimando únicamente la pretensión de que se declarase vulnerado el derecho fundamental a la dignidad, tuvo por desistida del contrato a la compradora demandante por incumplimiento del plazo de entrega por la promotora demandada, dado que la obra ni siquiera había finalizado al tiempo de dictarse dicha sentencia, y condenó a dicha promotora y a la entidad de crédito codemandada, solidariamente, a restituir las cantidades anticipadas más sus intereses. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) No cabía declarar vulnerado el derecho a la dignidad de la demandante, en su condición de consumidora-compradora de una vivienda en construcción, porque el derecho a una vivienda digna y adecuada no era un derecho fundamental de los comprendidos en la Sección 1.^ª del Capítulo II del Título I de la Constitución —cuya tutela cualquier ciudadano puede recabar directamente ante los tribunales— sino un principio rector ubicado en el Capítulo III; b) había lugar a estimar la acción del artículo 3.1 de la Ley 57/1968 por constar el incumplimiento del plazo de entrega por el vendedor ya que, incluso admitiendo que el plazo inicial se prorrogó cuatro meses por aumento de obra, esta seguía sin estar terminada; c) procedía condenar solidariamente a la promotora y a la entidad de crédito a la restitución de las sumas anticipadas porque la CAM había financiado la construcción de la promoción mediante un préstamo con garantía hipotecaria y avalado los costes de urbanización, hechos de los que cabía deducir que fue conocedora del incumplimiento de la promotora —que solo tenía una cuenta, no la especial, en la que los compradores realizaban sus ingresos— y que, pese a ello, no la advirtió ni le exigió que presentara aval o seguro en garantía; d) en definitiva, la condena de la entidad de crédito se fundaba en serle de «plena aplicación», como solicitaba la demandante, el artículo 1.2 de la Ley 57/1968, pues «sabía que las transferencias en la única cuenta abierta a favor de la promotora debían serlo para el pago de las viviendas», y venía obligada a «velar por el cumplimiento de la legalidad vigente, que no era más que asegurarse de que las entregas se efectuaran a través de una cuenta especial y exigir asimismo una garantía para devolución de dichas cantidades»; e) por todo lo anterior procedía condenar a la entidad de crédito, pues el incumplimiento de velar por los ingresos en una cuenta especial «conlleva la inexistencia de un seguro o aval que permita la devolución de las cantidades recibidas a cuenta debiendo responder por ello el banco como mínimo por la vía del artículo 1902 y en su caso del artículo 1104 del del Código Civil».

7. La sentencia de primera instancia solo fue recurrida en apelación por la entidad de crédito codemandada, por entonces ya «Banco CAM, SAU», y la sentencia de segunda instancia estimó su recurso absolviéndola de todas las pretensiones formuladas en su contra. En lo que ahora interesa razona, en síntesis (fundamento de derecho segundo in fine), que la actora fundó su pretensión frente a la apelante en el artículo 1.2 de la Ley 57/1968 (lo que impedía examinar su pretensión a la luz de los artículos 1902 o 1101 del Código Civil) y que tanto la referida ley especial como la jurisprudencia que la interpreta vienen considerando que la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas antes de la construcción o durante ella, más el interés legal, corresponde al promotor, habiendo quedado acreditado que en este caso ni se otorgó aval a la promotora con ese fin ni se abrió cuenta especial o separada para el ingreso de las cantidades que la compradora fuera abonando, pues la CAM se limitó a otorgar un préstamo con garantía hipotecaria a la promotora para la financiación de las obras y un aval para garantizar el coste de las obras de urbanización, no la devolución de las cantidades anticipadas, no existiendo obligación legal que impusiera a la entidad de crédito el deber de exigir a la promotora la apertura de una cuenta especial por ser una obligación de la promotora, que bien podía haber preferido suscribir las garantías (aval o seguro) con otra entidad.

8. Contra dicha sentencia la compradora-apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del artículo 477.2 LEC (según reforma introducida por la Ley 37/2011), alegando no obstante la existencia de interés casacional en asunto tramitado por razón de la cuantía siendo esta inferior a 600.000 euros, por lo que esta Sala acordó «reconducir el trámite del presente recurso por la vía procesal del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que corresponde con el tipo de procedimiento objeto del presente recurso de casación».

TERCERO. Despejados, pues, los óbices de admisibilidad y entrando a conocer por tanto del recurso extraordinario por infracción procesal, su único motivo, denominado «Primero», formulado al amparo del ordinal 2.º del artículo 469.1 LEC y fundado en la «falta de congruencia entre la sentencia y lo peticionado por la actora/recurrida con vulneración de los principios dispositivo y de contradicción», ha de ser desestimado por incumplir el requisito básico de citar la norma infringida y, en cualquier caso, por carecer de fundamento, pues no se advierte el menor asomo de incongruencia en una sentencia que, como la recurrida, rechazó la responsabilidad de la entidad de crédito fundada en la Ley 57/1968 pero también, frente a la motivación de la sentencia de primera instancia, la aplicación de los artículos 1902 y 1104 del Código Civil en contra de dicha entidad.

En suma, no hubo incongruencia alguna sino discrepancia jurídica acerca de la responsabilidad de la entidad de crédito siempre desde la perspectiva de la Ley 57/1968, por más que el régimen de esta se pusiera más o menos en relación con los artículos 1902 y 1104 del Código Civil.

CUARTO. El recurso de casación por interés casacional se articula en dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de los artículos 1 y 3 de la Ley 57/1968 y en el interés casacional representado por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se argumenta, en síntesis, con cita además de la disposición adicional 1.ª y el artículo 2 de la Ley de Ordenación de la Edificación y del artículo 15 y la Exposición de Motivos de la Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Generalitat de la Vivienda de la Comunidad Valenciana, que la enérgica e imperativa protección de los compradores de viviendas por la Ley 57/1968 no puede quedar restringida por interpretaciones formalistas y rigoristas porque, desde cualquier punto de vista, la cuenta del promotor en la misma entidad de crédito que le concede el préstamo para la construcción y le avala ante el Ayuntamiento por las obras de urbanización, «no puede ser otra que la cuenta especial a que se refiere la Ley 57/1968». En apoyo de esta tesis cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos de 20 de junio de 2012 y 29 de junio de 2011 y de la Audiencia Provincial de León de 24 de julio de 2009, además de las sentencias de esta Sala de carácter más general sobre la finalidad de la Ley 57/1968 (SSTS de 7 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2001 y 15 de noviembre de 1999). Finalmente, se destaca que la cuenta en que se ingresaron las cantidades anticipadas por la recurrente era la única del promotor en la entidad de crédito y que en los ingresos efectuados por la recurrente se hacía constar el concepto de pago a cuenta del precio del apartamento y plaza de aparcamiento adquiridos en plano.

QUINTO. La respuesta a los motivos así planteados, que como ya se ha dicho justifican el interés casacional del recurso por la necesidad de resolver, como cuestión estrictamente jurídica que el tribunal sentenciador ha decidido de forma distinta que otras Audiencias Provinciales, si la entidad de crédito en la que el comprador ingresa las cantidades anticipadas debe responder frente a él aunque el promotor no haya abierto en la misma una cuenta especial ni presentado aval o seguro, ha de fundarse necesariamente en la reciente y abundante jurisprudencia relativa a la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas (en adelante Ley 57/1968), con la puntualización de que, en realidad, la norma que principalmente debe ser interpretada es la contenida en la condición 2.ª del artículo 1 de dicha ley.

Según la norma de que se trata, los promotores deben percibir las cantidades anticipadas «a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en la que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la Entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la condición anterior»

(es decir, un seguro o un aval bancario). Se trata, en definitiva, de determinar el alcance de la expresión «bajo su responsabilidad» cuando, como en este caso, las cantidades anticipadas no se hayan percibido en una cuenta especial sino en la única que el promotor tenía en la entidad de crédito codemandada.

La jurisprudencia de esta Sala sobre la Ley 57/1968, conformada sobre todo a raíz de las situaciones creadas por la crisis económica y financiera (promotores en concurso y compradores que habían anticipado cantidades pero no iban a recibir las viviendas), está presidida por el rigor con el que dicha ley, anterior a la Constitución, protegía a los compradores de viviendas para uso residencial, rigor que la Constitución no vino sino a reforzar en sus artículos 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada) y 51 (defensa de los consumidores y usuarios) — STS, de Pleno, de 20 de enero de 2015 (recurso núm. 196/2013). Más en particular, por lo que se refiere a la cuenta especial en la que han de «depositarse» las cantidades anticipadas, la sentencia de 16 de enero de 2015, también de Pleno (recurso núm. 2336/2013), distingue, a efectos de la responsabilidad a que se refiere el artículo 1 de la Ley 57/1968, entre la entidad que concede al promotor el préstamo a la construcción con garantía hipotecaria y aquella otra en que se ingresan las cantidades anticipadas, que es la que debe responder frente al comprador; la sentencia de 13 de enero de 2015, asimismo de Pleno (recurso núm. 2300/2012), declara que «el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, dado que es una obligación que se impone al vendedor»; y la sentencia de 30 de abril de 2015, igualmente de Pleno y sobre un recurso contra sentencia precisamente de la Audiencia Provincial de Burgos (recurso núm. 520/2013), es decir de la misma cuyo criterio se invoca en el presente recurso, resuelve que la Caja de Ahorros avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como se decía en el aval, sino también de los ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad. Pues bien, la aplicación de la línea inspiradora de esta doctrina jurisprudencial al presente recurso determina que proceda su estimación, porque la «responsabilidad» que el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968 impone a las entidades de crédito desmiente su carácter de terceros ajenos a la relación entre comprador y vendedor. Antes bien, supone la imposición legal de un especial deber de vigilancia sobre el promotor al que concede el préstamo a la construcción para que los ingresos en la única cuenta que tenga con la entidad, especialmente si provienen de particulares como en este caso, sean derivados a la cuenta especial que el promotor deberá abrir en esa misma o en otra entidad pero, en cualquier caso, constituyendo la garantía que la entidad correspondiente habrá de «exigir». En suma, se trata de una colaboración activa de las entidades de crédito porque de otra forma, como razonan las sentencias de Audiencias Provinciales citadas en el motivo, bastaría con recibir los ingresos de los compradores en una sola cuenta del promotor, destinada a múltiples atenciones, para que el enérgico e imperativo sistema protector de los compradores de la Ley 57/1968 perdiera toda su eficacia. Por esta razón, aunque sea cierto, como considera la sentencia impugnada, que la promotora podía haber concertado seguro o aval con otra entidad, en cambio no es acertado entender que, constandingo incluso en el propio documento de ingreso el destino o razón de las cantidades anticipadas («reserva de vivienda y 20% vivienda»), de esto no se derivara «obligación legal alguna» para la entidad de crédito codemandada. Muy al contrario, precisamente porque esta supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las viviendas de la promoción, tenía la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, y por no haberlo hecho incurrió en la responsabilidad específica que establece el artículo 1-2.^a de la Ley 57/1968.

1.6. Responsabilidad

La responsabilidad por daños en festejos taurinos populares: una revisión crítica histórica y jurisprudencial contemporánea

Liability for damage during bullfighting popular events: a contemporary historical and case-law review

por

BEATRIZ BADORREY MARTÍN

Profesora Titular de Historia del Derecho

Doctora en Derecho e Historia

Secretaria General de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

RESUMEN: Los festejos taurinos populares constituyen una tradición fuertemente arraigada en España. Se trata de espectáculos de riesgo en los que, a menudo, se producen daños de muy diversa consideración, por lo cual son frecuentes las reclamaciones. Dado que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un régimen legal especial, es la jurisprudencia la que, en muchos casos, determina los criterios de imputación.

En los últimos años, el Tribunal Supremo se ha enfrentado a una variada casuística. Su jurisprudencia ha evolucionado desde la responsabilidad objetiva del organizador del festejo, en cuanto creador del riesgo, hasta la responsabilidad de la víctima por culpa o por asunción voluntaria del riesgo. En la actualidad, podemos constatar una doctrina notablemente consolidada, de la que se hacen eco los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales. El análisis de las sentencias de los últimos cinco años así lo demuestra.

ABSTRACT: *Bullfighting popular festivals are a deeply-rooted tradition in Spain. They are hazardous activities often resulting in different kinds of damage, which makes claims and lawsuits comparatively frequent. Given that there is no specific legal regulation of liability for damage arising from bullfighting events; it is often for case-law to determine the attribution criteria in case of damage.*

In recent years the Supreme Court has been faced with a variety of cases in this regard. Its case-law has evolved from the objective responsibility of the organizer of the bullfighting event, as risk-creator, to the responsibility of the victim for negligence or for voluntary acceptance of risk. The Supreme Court has developed a well-established doctrine on these issues that is regularly echoed by regional and provincial courts (Tribunales Superiores de Justicia and Audiencias Provinciales). A review of the judgments of the last five years supports this assertion.

PALABRAS CLAVES: Festejos taurinos populares. Daños. Responsabilidad.

KEY WORDS: *Popular bullfighting festivals. Damage. Liability.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.—II. ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA PRÁCTICA RITUAL DE ENFRENTARSE A LOS TOROS DE LAS CORRIDAS CABALLERESCAS COMO TORO DE MUERTE Y LOS FESTEJOS POPULARES COMO FIESTAS DE TORO DE VIDA: 1. Los PELIGROS, COGIDAS Y OTROS DAÑOS: PRIMERAS DISPOSICIONES SOBRE FIESTAS DE TOROS. 2. DERECHO MUNICIPAL: ACUERDOS, ORDENANZAS Y BANDOS PARA EVITAR DAÑOS EN LOS FESTEJOS Y LA CONSECUENTE ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE QUIEN LOS INCUMPLIERA. 3. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONCEJO UNA VEZ ADOPTADAS LAS PRECAUCIONES DEBIDAS Y LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.—III. REVISIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÁNEA: CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD: 1. CASUÍSTICA DE LOS DATOS Y RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD: A) *La doctrina del riesgo: el artículo 1902 del Código Civil frente a 1905.* B) *La responsabilidad por culpa o negligencia:* a) Concurrencia de causas: la disminución de la indemnización fundada en el criterio del riesgo consentido no se proyecta sobre el riesgo anormal al que se queda sujeto cuando quien lo ha creado actúa culpablemente; b) Culpa exclusiva de la víctima: jurisdicción civil y contenciosa-administrativa; c) La asunción voluntaria del riesgo: el accidente como lesión ajena a la intencionalidad del asegurado.—2. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AYUNTAMIENTOS Y LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. 3. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Los festejos taurinos populares constituyen una realidad muy extendida en la geografía española. Se trata de espectáculos de riesgo en los que, a menudo, se producen daños de muy diversa consideración, tanto físicos como materiales. Esta evidencia, que no es algo nuevo, no empuja al giro de los últimos años, donde el número de demandas por responsabilidad se ha incrementado de forma notable. En este punto, cabe destacar que frente a una tradicional resignación ante el daño, últimamente, en el ámbito judicial siempre se busca un culpable que asuma la responsabilidad concurrente.

Ahora bien, en este tipo de espectáculos no siempre es fácil determinar dicha responsabilidad, ya que variará en función de si el organizador es un particular o la Administración, así como del tipo de participación de la víctima. Dado que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un régimen legal especial, es la jurisprudencia la que, en muchos casos, determina los criterios de imputación. Estos van desde la responsabilidad objetiva o por riesgo creado, hasta la responsabilidad por culpa o negligencia de la víctima con todos sus matices, que incluiría el moderno concepto de asunción voluntaria del riesgo.

El objeto del presente trabajo es analizar el origen y la evolución de la responsabilidad por daños en los festejos taurinos populares. Para ello estudiaremos, en primer lugar, los antecedentes normativos, a la vista de la constante tradición en nuestro país y del derecho histórico, se nos ofrece un punto de partida que enlaza con la realidad presente. En segundo término, abordaremos la jurisper-

dencia reciente, tanto mayor como menor; pues son numerosas las sentencias dictadas en los últimos años sobre esta materia. Finalmente, apuntaremos unas breves conclusiones sobre la doctrina actual.

II. ANÁLISIS DE LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA PRÁCTICA RITUAL DE ENFRENTARSE A LOS TOROS DE LAS CORRIDAS CABALLERESCAS COMO TORO DE MUERTE Y LOS FESTEJOS POPULARES COMO FIESTAS DE TORO DE VIDA

Los festejos taurinos constituyen una realidad tan arraigada en la cultura popular española que su origen se sitúa en la más remota antigüedad. Como apunta el profesor FLORES ARROYUELO, debemos partir del hecho histórico de que ya en la prehistoria existió la práctica ritual de enfrentarse a los toros para burlarlos, como una especie de juego, junto a otras propias de la caza, tal y como se contempla en las pinturas conservadas en numerosos abrigos y cuevas de nuestra geografía¹.

Ahora bien, el hecho de *correr los toros* como fiesta, es decir como acto social en el que participa toda la sociedad y no como ejercicio cinegético ni de demostración de habilidad individual, comenzó a practicarse en muchos pueblos de la Península en la Edad Media. Y ello tuvo una doble causa: por un lado, la adaptación de la fuerza genésica que se reconocía a este animal en determinados rituales como los esponsales; y, por otro, la inclusión del combate con toros entre las prácticas festivas de la nobleza como los torneos o las cañas². Lo cierto es que, en la Edad Media los festejos taurinos se convirtieron en uno de los componentes más populares de cualquier celebración festiva, ya fuera laica o religiosa. Tanto fue así que el capellán de los Reyes Nuevos de Toledo, Cristóbal Lozano, llegó a afirmar que en España, «...en no aviendoles, se hace cuenta que no hay fiesta»³.

A lo largo de los siglos medievales fue creciendo la afición y el entusiasmo por las fiestas de toros que, como se ha apuntado, en aquella época eran de dos clases. Por un lado se organizaban corridas caballerescas, protagonizadas por hombres a caballo que, a modo de entrenamiento militar, se enfrentaban a un toro concebido como enemigo al que había que matar. La suerte suprema era la lanzada, que consistía en arrojar una lanza a la cerviz del toro para darle muerte.

Frente a estos espectáculos típicamente nobiliarios, se fueron configurando otras fiestas taurinas populares, en las cuales una muchedumbre heterogénea y desordenada se enfrentaba a un animal que, en este caso, no era visto como un enemigo, sino todo lo contrario: como un ser mítico y hasta sobrenatural al que simplemente se quería tocar para adquirir su fuerza genésica o poder fecundador, por lo cual generalmente era devuelto a la libertad. Por ello, si la característica principal de las corridas caballerescas es que son de toro de muerte, estos festejos populares aparecerán como fiestas de toro de vida⁴.

Ahora bien, estos juegos y espectáculos solían provocar desgracias y daños, en las cosas y en las personas. Precisamente para evitarlo, fueron objeto de policía y legislación.

1. LOS PELIGROS, COGIDAS Y OTROS DAÑOS: PRIMERAS DISPOSICIONES SOBRE FIESTAS DE TOROS

Las primeras disposiciones sobre esta materia las encontramos en algunos fueros medievales. El paso por los pueblos de toros y vacas, enmaromados o

azuzados por perros, para conducirlos al matadero o para practicar con ellos juegos y ritos, provocaba situaciones de peligro con golpes, cogidas y otros daños de diversa consideración. Por eso, fue preciso regular estos supuestos.

Muchos fueros se refieren a la responsabilidad por daños causados por la acción de los animales⁵. La regla general en las fuentes medievales fue la de hacer gravitar la responsabilidad en el dueño, no alcanzándole las consecuencias de carácter penal —como pérdida de la paz, «inimicitia», castigos corporales o prisión— por sentarse la presunción de *involuntariedad*, y quedando tan solo obligado a satisfacer las multas y composiciones accesorias a los perjuicios producidos. Una de las soluciones más usuales fue la de otorgar al dueño del animal un derecho de opción entre el pago de esas sanciones pecuniarias, o la entrega del animal causante del daño al perjudicado⁶.

Lo importante aquí es destacar que en algunos fueros quedan exculpados de esa responsabilidad quienes traían estos animales para celebrar festejos taurinos, concretamente el denominado rito del toro nupcial. Ya hemos avanzado que en la Península, desde la antigüedad, se admitió la virtud del toro como agente transmisor de poder genésico y fecundador. En consecuencia, se entendió que no había ocasión más propicia para buscar ese poder que el momento del matrimonio. Este es el origen del rito del toro nupcial, que consistía en un modo peculiar de tratar al toro bravo. Se trataba de azuzarlo por las calles de la ciudad, al tiempo que le arrojaban pequeños arponcillos o azagayas para hacerle derramar sangre e impregnar con ella las ropas de los presentes, especialmente la capa del novio quien, de este modo, aumentaba su poder generativo⁷. Pues bien, algunos fueros aragoneses como la Compilación de Huesca de 1265 o el fuero de Jaca, en su versión romanceada del siglo XIII, establecen que el que azuzara un buey o una vaca, si esta causara daño la perdería «salvo si lo azuzaran por razón de bodas». Es decir, eximen al dueño del animal de los daños causados cuando estos sean involuntarios y consecuencia de la celebración de un festejo taurino, como es el rito del toro nupcial⁸.

También el derecho navarro recoge esta exención. Además, introduce un elemento nuevo pues la amplía a los festejos taurinos que se organizaban con motivo de la celebración de la primera misa, esto es, cuando el nuevo oficiante cantaba misa por primera vez. Concretamente, el fuero de Tudela, también de mediados del siglo XIII, dispone que si al ser conducida una res por el pueblo al matadero, causare daño, la pierda su dueño «pero —añade— si el traimiento fuese por razón de bodas, de esposamiento o de nuevo misacantano, si se produjere algún daño, no haya pena alguna, si se demuestra que el tenedor o tenedores de la cuerda no la soltaron o aflojaron maliciosamente para hacer daño o escarnio⁹. En este caso, lógicamente, dicha extensión no responde a un deseo del nuevo oficiante de potenciar su fertilidad, sino al hecho de que cambia de estado, es decir se separa del grupo de varones para pasar a otro estado, en este caso el religioso. Porque los ritos taurinos también aparecen asociados a estas separaciones que se celebran con toros, pues el varón tiende a identificarse con los valores que se atribuyen a este animal como bravura, casta, entereza, nobleza, poderío, raza, seriedad...¹⁰. Lo cierto es que esta práctica ha dejado su huella en la corrida moderna ya que, por un fenómeno de extensión semántica, pasó a denominarse toricantano al torero que actuaba por primera vez. Cossío cree que la palabra fue inventada por Quevedo¹¹.

Así pues, hasta el siglo XIII los festejos taurinos populares tenían un carácter particular; se organizaban con motivo de celebraciones privadas como bodas o misas nuevas y, en general, los propietarios del animal, que eran los responsables

de esos festejos, quedaban exentos de los posibles daños causados por las reses, siempre que no actuasen maliciosamente. Pero, poco a poco, estos festejos se fueron incrementando porque el pueblo extendió estos ritos a la celebración de cualquier acontecimiento feliz como victorias militares, alianzas, entronizaciones, nacimientos, visitas de autoridades, el fin de una plaga o las distintas festividades religiosas. Y es que estos juegos, además de permitir a los jóvenes mostrar su valor, divertían al pueblo, debido a los frecuentes golpes y revolcones que provocaban, que causaban gran hilaridad entre el público. Sin embargo, a veces esos daños resultaban muy graves, llegando incluso a causar la muerte de algunos participantes. Para evitar esas desgracias y tomar las precauciones necesarias los concejos asumieron su organización.

2. DERECHO MUNICIPAL: ACUERDOS, ORDENANZAS Y BANDOS PARA EVITAR DAÑOS EN LOS FESTEJOS Y LA CONSECUENTE ASUNCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE QUIEN LOS INCUMPLIERA

Acuerdos, ordenanzas y bandos municipales regularon, en adelante, las fiestas de toros y lo hicieron, en primer lugar, adoptando ciertas medidas para evitar los posibles daños derivados de estos festejos.

En el derecho histórico castellano podemos constatar varios ejemplos en dicho sentido. La disposición más antigua sobre fiestas de toros es una norma añadida al fuero de Madrid (1202), durante el reinado de Fernando III el Santo, seguramente hacia 1235, que dice así: «Los jurados, los alcaldes, los fiadores y el Concejo de Madrid ajustaron esto: que cualquier hombre que corriera vaca o toro dentro de la Villa, pague tres maravedises a los fiadores; y cuando metieren en la Villa la vaca o el toro, llévenla atada con dos sogas, una a los cuernos y otra al pie. Igualmente, el hombre que tirase una piedra o garrocha a la vaca o el toro, o bien corriera en el coso con lanza o palo aguzado, pague dos maravedises a los fiadores, por cada cosa que ejecutare de las vedadas en la carta»¹².

El coso o arenal (almuzara) de la villa era una pequeña superficie, situada fuera de las murallas, donde se celebraban juegos públicos y donde los jinetes se ejercitaban en las carreras. Debió de ser uno de los primeros lugares aprovechados para correr toros. En cuanto a su ubicación, en esa época estaba situado debajo de la puerta de la Vega, a la izquierda del puente de Segovia. Con el establecimiento de un lugar específico para estos juegos, situado a las afueras de la ciudad, se pretendía evitar los posibles daños y lesiones que causaban los animales cuando se corrían por las calles de la ciudad, muchas veces, sin previo aviso. Por ello, establece una multa de tres maravedís para quien corriera vaca o toro dentro de la villa. Y el mismo sentido tiene la orden de llevar esos animales atados cuando se introdujeran en la ciudad, generalmente, camino del matadero¹³.

En algunos lugares los cosos fueron sustituidos por explanadas o plazas situadas a las afueras de las villas y ciudades, más fáciles de cerrar y, en consecuencia, más seguras. En tal sentido, una ley elaborada por el concejo de Zamora, en 1279, establece: «Defendemos que ninguno sea osado de correr toro ni vaca brava en el cuerpo de la villa, sino en aquel lugar que fue puesto que dizen Sancta Altana; y allí cierren bien, para que no salga a hazer daño. Y si por ventura saliere, mátenlo para que no haga daño. Y aquel que esto contraviniere, pague C moravedís de la moneda mayor que corriere en la tierra, la mitad para los muros de la villa, y la otra mitad para los jueces, y para enmendar el daño»¹⁴.

Y en pequeñas poblaciones se recurrió a cualquier recinto pequeño y cerrado que evitara la salida del animal como las eras o los cementerios. Así consta en la

siguiente constitución promulgada en el sínodo de Palencia de 1534: «Y porque somos informados que en la mayor parte de este nuestro obispado los cementerios de las iglesias sirven de plazas públicas donde se corren toros y juegan cañas... mandamos que se cerquen con dos tapias altas de que no se pueda ejercer cosa alguna de las sobredichas»¹⁵.

Además de establecer un lugar específico para los festejos taurinos, se tomaron otras medidas tendentes a evitar posibles daños. Por ejemplo, en las actas municipales encontramos numerosos acuerdos que regulan la construcción de corrales para los toros, de burladeros o guaridas para los corredores, así como el levantamiento de las barreras y talanqueras necesarias para cerrar la plaza y ubicar debidamente seguro al público. E, incluso, algunas ordenanzas municipales prohíben la participación en estos festejos de niños, ancianos, ciegos, cojos y lisiados. En estos casos, es decir, una vez tomadas las debidas cautelas, eran los propios corredores quienes asumían el riesgo inherente a la participación en estos festejos y, en consecuencia, la responsabilidad por los posibles daños que sufrieran.

Junto a estos espectáculos públicos y, más o menos organizados, se desarrollaron otros festejos particulares y espontáneos. Por ejemplo, la llegada de reses al matadero era aprovechada por sus trabajadores para organizar corridas improvisadas, protagonizadas por los mozos que querían probar su valor provocando al animal para que corriera detrás de ellos y viceversa. Estos festejos improvisados por las calles de la ciudad y sin tomar las precauciones debidas, causaban graves daños. Por ello fueron prohibidos, pero además recayó en sus organizadores la responsabilidad por los daños causados. Así consta, por ejemplo, en las ordenanzas de Málaga de 1556 que, en el capítulo titulado *Alcayde y Corralero de matadero*, disponen: «Iten que el dicho corralero, ni matadores no consientan que en el dicho matadero, ni fuera de el, se acose, ni corra ningun toro ni otra res vaquna sin liçençia de la justicia de la dicha çiudad, so pena de seysçientos maravedies por el daño que de ello se siguiere»¹⁶.

En la misma línea, unas ordenanzas de Écija, de 1552, hacen responsables a los carniceros y empleados del matadero de los daños causados por las reses bravas que se corrían intencionadamente por las calles de la ciudad porque, dicen, «se dañan e matan onbres e niños, commo se a visto por experiencia, por ello se mandó y mandamos que los carniçeros desta ciudad ni otra persona sea osado de sacar ni correr ningund toro ni buey ni baca por esta ciudad, suelto ni atado, so pena, para cualquiera que lo sacare o fuere parte para ello que sea executado por cada toro o buey o baca que sacaren e corrieren, segund dicho es, de seysçientos maravedies, asy al carniçero como al que lo mandare sacar, repartydos dos partes para los propios y el otro tercio para el que lo denusçiare o acusare e de diez días de cárcel. E que se pregone»¹⁷.

Como en el caso anterior, es preciso destacar que estas prescripciones no suponían la prohibición de correr toros, simplemente querían evitar esa peligrosa costumbre de las corridas improvisadas por las calles de la ciudad. De hecho, estos concejos organizaron corridas de toros que, en el caso de Écija, tenían lugar en la plaza de Santa María.

3. LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONCEJO UNA VEZ ADOPTADAS LAS PRECAUCIONES DEBIDAS Y LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Así pues, desde la Baja Edad Media los concejos asumieron la organización y el control de los festejos taurinos, convirtiendo en espectáculos públicos lo que

anteriormente habían sido festejos de carácter particular. Dicha organización supuso la prohibición de ciertas prácticas peligrosas, así como la toma de cautelas tendentes a garantizar un cierto orden en el espectáculo y la seguridad de los asistentes a estos festejos. Y esta es la tendencia que se mantuvo en adelante.

En los siglos siguientes los acuerdos y ordenanzas municipales continuaron regulando la seguridad de los festejos taurinos. Las barreras y talanqueras cada vez fueron más firmes¹⁸, se construyeron toriles fijos de obra¹⁹, se ordenó el levantamiento de burladeros para los participantes²⁰; y se prohibió la participación de mujeres, niños y ancianos. A este respecto resulta muy ilustrativa la solicitud del obispo de Vic quien, ante el peligro y los daños que causaban los toros —«por estar llena la plaza de muchachos, mujeres y hombres de todas las edades»—, pidió al virrey la prohibición de su tradicional *corre-bou*. La respuesta del marqués del Leganés, seis días más tarde, fue negativa pues, aunque reconocía los daños que ocasionaban las corridas de toros, no se atrevía a prohibirlas, «respecto de que causaría gran novedad a esos naturales». Sin embargo, consideró justo que se tomaran cuantas medidas resultasen necesarias para evitar todos los daños posibles, por lo cual ordenó al veguer: «que por ningún pretexto se corran toros en día de fiesta y que siempre que haya semejante fiesta aplique todo su desvelo a que en la plaza no haya mugeres, muchachos ni viejos, que son los que más puedan padecer, sino que esté de forma que no puedan suceder los daños que V. S. me refiere: que es lo que puedo hacer y lo que creo será muy del caso para evitarlo, pues el privar a esos naturales destas fiestas tiene algún inconveniente, y en la Corte, como V. S sabe muy bien, no se ha podido tampoco conseguir»²¹.

En este punto, hemos de destacar y subrayar que, una vez tomadas todas las precauciones establecidas, eran los participantes quienes asumían los daños inherentes a estos espectáculos de riesgo. Así se recoge en unas «Providencias de buen gobierno, que deben observarse en las corridas de Novilladas de esta Ciudad, para asegurar la quietud pública y el buen orden», elaboradas en 1787 por el corregidor de la ciudad de Tarazona, Juan BAUTISTA FONT. Se trata de un documento interesantísimo porque regula, con todo detalle, las medidas necesarias para mantener la seguridad durante el desarrollo de los festejos, como son la construcción de las barreras y tendidos, edad de los novillos, encierro, suelta de reses en la plaza, normas de participación de los aficionados, comportamiento del público, etc. Una vez tomadas todas estas medidas, la Justicia de la ciudad quedaba eximida de toda responsabilidad, y eran los aficionados quienes la asumían. Así se señala: «Y que los sujetos aficionados que se presentaren en la Plaza para capear los Novillos, tendrán entendido, y premeditaràn si les asiste la suficiente habilidad, agilidad, y destreza para ello, pues en el caso de sucederles alguna desgracia, herida, ò muerte, serà por su culpa, pues voluntariamente se exponen al riesgo, y ocasión proxima de peligro, y por lo mismo no serà cargo de la Justicia dichos acontecimientos»²².

El texto introduce una noción muy novedosa: la culpa exclusiva de la víctima por la asunción del propio riesgo creado que, como veremos, ha llegado hasta nuestros días en los que, pese a la ingente producción normativa en materia taurina, la responsabilidad por daños en festejos populares no cuenta con un régimen legal especial²³.

III. REVISIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL CONTEMPORÁNEA: CRITERIOS DE IMPUTABILIDAD

En efecto, en las últimas décadas se ha ido consolidando en nuestro país una jurisprudencia tendente a destacar la aceptación del riesgo por parte de la

víctima en los festejos taurinos populares, pues en el espectáculo formal esto nunca se ha cuestionado, al darse por supuesto que los profesionales del toreo asumen los riesgos consustanciales a su práctica. No obstante, no ha sido ni es este el único criterio de imputabilidad.

1. CASUÍSTICA DE LOS DAÑOS Y RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPREMO: ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE RESPONSABILIDAD

El Tribunal Supremo ha ventilado una plural casuística sobre responsabilidad por daños causados con motivo de la celebración de espectáculos taurinos tradicionales. A la vista de ello, el el Alto Tribunal se ha inclinado, sucesivamente, por diferentes criterios que evidencian que su doctrina ha evolucionado desde la responsabilidad objetiva del organizador del festejo, en cuanto creador del riesgo, hasta la responsabilidad de la víctima por culpa o por asunción voluntaria del riesgo. Intentaremos sistematizar las diversas corrientes.

A) La doctrina del riesgo: el artículo 1902 del Código Civil frente al 1905

Para Luis DÍEZ-PICAZO, los primeros esbozos de lo que después se conoció como doctrina del riesgo fueron consecuencia del tratamiento de los accidentes de trabajo. La formulación de esa teoría establecía que toda aquella actividad creadora de un riesgo especial para los demás hacía al autor responsable del daño que, dentro de ese marco de riesgo, se podía provocar, sin que hubiera que buscar si había existido o no culpa de su parte. Su justificación era una elemental idea de justicia: «Si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa»²⁴.

En materia taurina, esta doctrina se plasmó en unas resoluciones que consideraron que el organizador de un festejo taurino, por ser quien obtenía el beneficio o provecho del mismo, debía asumir los riesgos o contingencias a que este pudiera dar lugar. Paradigma de este planteamiento fue la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1984. Los hechos sucedieron en el municipio riojano de Cervera del Río Alhama, durante las fiestas patronales organizadas en el mes de julio por el Ayuntamiento. La víctima era un vecino que salió del portal de su casa a la calle después de haber terminado el encierro, siendo atropellado y volteado por uno de los cabestros que con el resto de las reses bravas marchaban, inesperadamente, en sentido inverso al recorrido, por no haber sido debidamente recogidas, por causas imputables a las deficiencias de la organización.

El Tribunal Supremo hizo suya la presunción de culpa de los encargados de controlar a los animales, apreciada en primera instancia, al considerar que no se probó que actuaran con toda la diligencia que las circunstancias del caso precisaban. Además, en la sentencia se señala que «en verdad la realización de un encierro de reses bravas dentro de una población implica un claro riesgo para muchos de sus moradores, aunque no piensen aproximarse a las reses, con la consiguiente responsabilidad por riesgo para quienes lo organizan, como el Ayuntamiento demandado, y es conforme a la justicia distributiva que la coacción social y consiguiente responsabilidad que impone la asunción de peligros por los perjudicados sea desplazada sobre aquel que, si bien de forma lícita y permitida, ha creado los riesgos; y aunque nada se objete a la licitud de estas conductas, no es justo que la comunidad, o los individuos que la integran, soporten los riesgos específicos no controlables».

COLINA GAREA llama la atención sobre el hecho excepcional de que en esta sentencia la pretensión indemnizatoria del damnificado no se canalizó en virtud de la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, como es habitual en los espectáculos taurinos populares, sino mediante el recurso al artículo 1905 del mismo texto legal²⁵. Quizá, el hecho de que los encargados de controlar a los cabestros contribuyeran a la producción del resultado dañoso hizo derivar la responsabilidad hacia el 1905, apartándose de la tendencia generalizada. En todo caso, como él mismo señala, se trató de una excepción puntual porque en lo relativo a encierros, capeas o sueltas de vaquillas la asunción del riesgo nada tiene que ver con la exoneración de responsabilidad imputable al poseedor o usuarios de los semovientes, sino con la liberación de responsabilidad atribuible a quienes organizan un festejo que entraña riesgos²⁶. En el mismo sentido, Vicente DOMINGO afirma que la responsabilidad objetiva consagrada en el artículo 1905 del Código Civil, que exonera expresamente de responsabilidad al poseedor cuando el daño fuera debido a fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima, no se aplica en encierros, tientas o novilladas. Estos supuestos se plantean como daños derivados de actividades de riesgo en las que el perjudicado asume voluntariamente el mismo y se arriesga a que le coja el animal²⁷.

La idea de imputación objetiva del daño al organizador del festejo presidió otras resoluciones posteriores como la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de septiembre de 1998, que solo tuvo en cuenta el criterio del riesgo a la hora de la imputación²⁸. Esta resolución, si bien fue apoyada por un sector doctrinal, también fue objeto de duras críticas. Para ORTÍ VALLEJO, merece un juicio desfavorable, tanto por la falta de imputación de negligencia alguna, como por el desafortunado fundamento en el que basa la aplicabilidad de la doctrina del riesgo al Ayuntamiento organizador —«porque es quien obtiene el beneficio o provecho con la organización de la actividad lúdica»—. En su opinión, el criterio que debe aplicarse a esta parcela de la responsabilidad debe ser el de la culpa del organizador del festejo, «por más que haya autores que consideran que debe perseguirse el de la responsabilidad objetiva»²⁹.

Por su parte, MEDINA ALCOZ destaca que es la única sentencia que aprecia la responsabilidad del organizador con independencia del comportamiento de la víctima, «pues niega virtualidad exoneradora no solo a la asunción del riesgo creado inculpablemente, sino también a la culpa exclusiva de la víctima»³⁰.

La propia doctrina del riesgo fue objeto de revisión. El ya citado Díez-Picazo señaló que, pese al avance que esta teoría había experimentado sobre todo en materia de accidentes de automóviles y en los daños causados en inmuebles, admitir la responsabilidad sin culpa produciría una injusticia social, porque sería, en Derecho civil, equivalente a la condena de un inocente en Derecho penal³¹. Una parte importante de la jurisprudencia también se pronunció en este sentido pues, algunas resoluciones que aceptaban la teoría del riesgo, negaban que el mismo fuera el fundamento exclusivo de la responsabilidad. Así lo apuntó la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1997: «El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para

evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa».

La doctrina también se ha pronunciado en este sentido. Para MEDINA ALCOZ, el riesgo creado sin actuación culpable carece de valor atributivo cuando el daño se produce en virtud del riesgo consentido por la víctima, porque no es el creador del riesgo el que somete a él a la víctima, sino que esta se apropia de él, al introducirse voluntariamente en la actividad peligrosa. «Por tanto, la asunción del riesgo de la víctima sirve para imputarle causalmente su daño y para excluir la responsabilidad del creador del riesgo, cuando este no ha actuado de forma culpable»³².

Igualmente, para DÍAZ ALABART, no es aceptable imputar responsabilidad por riesgo cuando tal riesgo es asumido e incluso demandado socialmente, y cuando quien sufre ese daño lo había aceptado consciente y voluntariamente. Por supuesto, los organizadores deben extremar la diligencia en este tipo de festejos, respetando todos los requisitos y medidas de seguridad establecidos en la legislación vigente. Si, pese a ello, se ocasiona un daño, siempre posible en estos espectáculos de riesgo, no se les puede reclamar, «pues entonces, por más diligentes que sean los organizadores, la única forma de no ser responsables es no permitir la celebración de este tipo de festejos»³³.

B) La responsabilidad por culpa o negligencia

No es fácil determinar el alcance del principio de responsabilidad culposa. Afirma Antonio BORRELL MACIÁ que obra con culpa o negligencia aquel que en sus actos no toma las precauciones que debe para evitar un daño a tercero o prescinde de ejercer su actividad cuando precisa para no causarle daño. En definitiva, quien no obra con la diligencia debida. Por ello, es preciso conocer qué diligencia es exigible para evitar responsabilidades derivadas de culpa extracontractual. Y puesto que el artículo 1902 del Código Civil no lo fija, son los jueces y tribunales los que apreciarán o no su concurrencia, atendiendo a las circunstancias del caso³⁴.

- a) Concurrencia de causas: la disminución de la indemnización fundada en el criterio del riesgo consentido no se proyecta sobre el riesgo anormal al que se queda sujeto cuando quien lo ha creado actúa culpablemente

En el ámbito taurino la determinación de la culpa es aún más compleja porque, en ocasiones, a la actuación culposa de los organizadores del festejo se une la participación de la víctima que, a menudo, contribuye con su conducta a la producción del resultado dañoso. En estos casos los Tribunales suelen estimar la concurrencia de causas y responsabilidades, lo que se traduce en una minoración del *quantum* indemnizatorio.

Este fue el argumento utilizado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1995. La Sala de lo Civil estableció la concurrencia de nexo causal entre la conducta del Ayuntamiento de Soria y el daño causado, pues «fueron insuficientes las medidas de seguridad adoptadas para prevenir y evitar accidentes, por la falta de control de entrada de personas y su libre trámite por el callejón y por la insuficiente iluminación de la plaza; todo lo que supuso la creación de

unos riesgos en que tuvo lugar el daño derivado de circunstancias objetivas en que se realizó un hecho previsible».

Sin embargo, al tiempo reconoció que la culpa no era exclusiva de los organizadores del festejo, ya que una parte correspondía a la víctima, que no desistió de saltar al ruedo pese a la aglomeración de personas que había o que andaban por el callejón sin control, por lo cual el perjudicado «asumió voluntariamente una parte importante del riesgo que su conducta entrañaba». La consecuencia fue que frente a la suma pedida en la demanda —90.000.000 de pesetas— el Tribunal confirmó las cantidades establecidas por la Audiencia Provincial, imputando al demandante un setenta por ciento, y a los demandados el treinta por ciento restante, es decir 22.500.000 pesetas. MEDINA ALCOZ considera que si a la creación del riesgo se une una actuación culpable del creador, su asunción por parte de la víctima constituiría un indiferente jurídico, no procediendo la disminución de la indemnización fundada en el criterio del riesgo consentido, pues este se proyecta sobre el riesgo en su normalidad, no sobre el *anormal* al que se queda sujeto cuando quien lo ha creado actúa culpablemente. Solo cabría la reducción indemnizatoria en el caso de concurso causal, es decir, cuando apreciándose una creación culpable del riesgo por parte del organizador del festejo, la asunción por parte de la víctima también esté ilustrada con un comportamiento negligente³⁵.

b) Culpa exclusiva de la víctima: jurisdicción civil y contencioso-administrativa

Entre 1996 y 1998 la Sala Primera del Tribunal Supremo resolvió cinco casos de accidentes en encierros y capeas. En todos ellos los actores reclamaron contra los Ayuntamientos organizadores del festejo. Estos se defendieron alegando, primero, que la víctima había asumido el riesgo de participar en un encierro de reses bravas y, segundo, que la jurisdicción civil no era la competente para dirimir el pleito. Uno de esos casos resultó especialmente grave, porque el resultado había sido de muerte. Sucedió el 12 de agosto de 1990 en Amurrio, Álava, durante una suelta de vaquillas mansas. El actor se situó en el centro del ruedo y citó a la res, a la que sorteó dos veces pero, en el tercer envite, la agarró por los cuernos para derribarla, cayendo ambos sobre la arena. Al reincorporarse la vaquilla le empitonó en el cuello, seccionándole la yugular. Le sacaron moribundo de la plaza. La viuda y la hija interpusieron pleito civil al Ayuntamiento, solicitando 162.273 euros. Desestimada en primera instancia, la Audiencia de Álava estimó parcialmente la demanda. La corporación local fue condenada a pagar 54.091 euros. Formalizado recurso de casación, la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1997, casó la sentencia de la Audiencia y repuso la de primera instancia³⁶. La Audiencia había considerado que el Ayuntamiento, en cuanto creador del riesgo, había incurrido en responsabilidad y que la conducta temeraria de la víctima no servía para excluirla, aunque sí para moderarla, como concausa del daño, «porque quien se lanza al ruedo asume el riesgo creado por el organizador, sin anular la responsabilidad de este». Frente a tales fundamentos, el Tribunal Supremo consideró que una cosa es que la organización de una suelta de vaquillas suponga la creación de un riesgo intrínseco y otra muy distinta que el resultado dañoso se deba a una falta reprochable de previsión, pues la creación del riesgo no comportan la existencia de culpa. De modo que decretó la absolución del Ayuntamiento, «porque el infortunio se debió a la culpa exclusiva de la víctima».

La sentencia da un paso más porque, como señala Áurea RAMOS MAESTRE, el Tribunal excluye ahora que haya «conurrencia de causas, culpas y responsa-

bilidades», y declara la culpa exclusiva de la víctima, que observó una conducta temeraria y no normal, constituyendo su proceder la causa eficiente del trágico accidente, sin intervención alguna culpabilística del Ayuntamiento demandado³⁷.

Esta línea de culpa o negligencia de la víctima, en el ámbito del artículo 1902 del Código Civil, que enlaza con el derecho histórico, es la mayoritaria en los Tribunales³⁸. Y para la mayor parte de la doctrina es la correcta. Es evidente que, en muchos supuestos, la víctima provoca, consciente o inconscientemente, los daños. En las últimas sentencias de la Sala Primera del TS se está observando este cambio. Como apunta DÍAZ ALABART, en ellas se deja de hablar de la creación del riesgo generado por la participación voluntaria en una actividad lúdica intrínsecamente peligrosa, lo que supone que si no se observa ninguna actuación u omisión del organizador, que pudiera haber provocado o evitado los daños, resulta evidente que estos lo son por «culpa exclusiva de la víctima»³⁹. Entre otras, la STS, de 15 de marzo de 2007, desestimó el recurso presentado contra el Ayuntamiento de Pozuelo (Albacete) por un participante en el festejo de vaquillas organizado por la corporación local, por apreciar «culpa exclusiva de la víctima». Destaca la sentencia que el recurrente, que tenía 66 años en el momento del suceso, decidió voluntariamente participar en una actividad lúdica de riesgo, y reitera la numerosa jurisprudencia que, partiendo de la voluntaria aceptación del riesgo o de la culpa exclusiva de la víctima, exonera de responsabilidad a los organizadores de festejos taurinos que cumplan con las normas precautorias de seguridad establecidas en la legislación vigente.

En idéntica línea, la jurisprudencia de la Sala Tercera del TS ha asumido la teoría de la culpa exclusiva de la víctima, y solo condena a la Administración en casos claros de comportamiento anormal o incorrecto de los servicios públicos. Recordemos que la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas está fundada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el artículo 139.1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los antiguos artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa. En ellos se determina el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, y el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado (TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.º, sentencia de 3 de mayo de 2007)⁴⁰.

Así lo ha reiterado, entre otras, en sentencia, de 3 de mayo de 2001, al declarar el derecho del recurrente a una indemnización de 6.000.000 de pesetas. Los hechos sucedieron el 26 de julio de 1994 cuando, durante la celebración de un encierro de vacas organizado por el Ayuntamiento de Cervera del Río Alhama, el actor se encontraba encaramado sobre el pretil de un puente, «adosado al cual y sin espacio entre uno y otro, se había colocado un vallado de 1,50 metros de altura para proteger a corredores y reses de la caída al río». Ante la embestida de una vaquilla, el vallado se rompió y el recurrente cayó al río sufriendo lesiones. La Sala de instancia consideró que el vallado del pretil no estaba destinado ni era apto para la protección de los espectadores del encierro y, en consecuencia, el resultado dañoso se debió a la conducta del lesionado, que se ubicó «en un lugar no destinado a estos, inadecuado, peligroso y de gran riesgo en cualquier ocasión y llamando incluso la atención del ganado», acción determinante del acometimiento de la vaquilla y de la precipitación al río.

La sentencia consideró que el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y las lesiones del recurrente se vio roto por la propia conducta de

la víctima y, por ello, era a él al que debía imputarse el resultado dañoso. El Tribunal Supremo discrepó en este punto. Apreció afirmaciones contradictorias con la diligencia que la jurisprudencia exigía en este tipo de festejos con nutrida participación popular. Consideró, «bajo criterios de razonabilidad», que la protección en la zona, de evidente peligro, no fue la adecuada, tal y como se confirma por la rotura efectiva del vallado, con la posterior caída del recurrente. Por todo ello, y a la vista de la jurisprudencia de esa Sala, que venía exigiendo «un especial deber de diligencia» en los festejos populares organizados por autoridades municipales, para evitar situaciones de riesgo o peligro en espectáculos tan concurridos, estimó que, la conducta de la víctima no tuvo la suficiente relevancia «para romper el nexo causal que obliga a la Administración a responder de los daños que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». No obstante, la Sala valoró la conducta del actor como cooperante a la producción del resultado dañoso, moderando el reconocimiento de la indemnización solicitada, que quedó establecida en seis millones de pesetas.

También se observó un funcionamiento incorrecto de los servicios públicos en la sentencia, de 28 de octubre de 2004, en la que se condenó al Ayuntamiento de Aliaga (Teruel) a indemnizar a los padres de una menor que asistía como espectadora, en compañía de su madre, al festejo de vaquillas y toro embolado que se celebraba en la plaza de la localidad con motivo de las fiestas patronales de 1995. Antes de finalizar el festejo, madre e hija decidieron abandonar la plaza, procediendo a bajar del entarimado donde se encontraban a través de unas escaleras que conducían a una zona de seguridad separada del ruedo por unos postes de madera verticales, separados por una distancia de unos 35 a 48 centímetros. Estando en esa zona, la res pasó entre los barrotes y embistió a la niña por la espalda, resultando gravemente herida.

El Ayuntamiento invocó la existencia de fuerza mayor, pero la Sala consideró que no podía prosperar esta causa de exoneración, toda vez que, si bien la corporación local contaba con todas las autorizaciones e incluso con el visto bueno de un arquitecto, no se habían garantizado las condiciones de seguridad que tales instalaciones debían tener, pues era evidente que la valla de protección instalada para separar las zonas reservadas a los espectadores y el espacio destinado a correr los toros no era segura, «en cuanto que la distancia existente entre los postes de madera permitió a la res pasar por entre ellos y acceder a dicha zona de seguridad». Tampoco se apreció una posible negligencia de la propia perjudicada y de su madre, por abandonar el festejo antes de la finalización del mismo, pues ambas se limitaron a descender por las escaleras habilitadas, y a través de una zona de seguridad. Por ello, se consideró que era clara la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento demandado.

Para algunos autores, es importante distinguir los casos en los que el organizador del festejo es un Ayuntamiento de aquellos en los que se trata de una persona física o jurídica de Derecho privado. Para EVANGELIO LLORCA, si se considera que la organización de un festejo es un servicio público —como en general defiende la jurisprudencia contencioso-administrativa— se ha de concluir que la responsabilidad del Ayuntamiento es objetiva. En cambio, tratándose de un particular no cabría aplicar la doctrina de la responsabilidad por riesgo al organizador del festejo si se estima, como es frecuente, que el recurso al riesgo como atribución subjetiva de responsabilidad exige que la actividad cumpla los siguientes requisitos: ser generadora de un riesgo específico, tener contenido económico y producir un beneficio para quien la lleva a cabo. Por el contrario, si se entiende que la responsabilidad por riesgo debe existir en todos aquellos

supuestos en que el agente crea un riesgo específico, distinto del general de la vida y sin necesidad de procurar un beneficio económico, sí sería aceptable considerar que el criterio fundamentador de la responsabilidad del dañador es el riesgo.

Así las cosas, resulta que el organizador de un festejo debe responder por los daños ocasionados, aunque no haya culpa en su actuación, aunque solo de aquellos que le sean objetivamente imputables. Y es ahí donde entra en juego la doctrina de la asunción voluntaria del riesgo por la víctima, muy presente en la literatura científica y la jurisprudencia de los últimos años⁴¹.

c) La asunción voluntaria del riesgo: el accidente como lesión ajena a la intencionalidad del asegurado

En efecto, en los últimos años la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha consolidado una corriente jurisprudencial donde destaca, fundamentalmente, la asunción del riesgo por la víctima. Si bien, ello no excepciona el régimen de responsabilidad objetiva del organizador del festejo, fundamentalmente los Ayuntamientos y Corporaciones locales, que, como hemos evidenciado, responderán cuando se demuestre una actuación culposa por su parte.

Esta postura también ha sido defendida por una parte de la doctrina. Entre otros, MEDINA ALCOZ señala que, en materia taurina, la creación del riesgo —lícito y reglamentado— no debe ser en sí constitutiva de culpa alguna, solo se ha de responder por él cuando el organizador del festejo actúa culpablemente o cuando el daño se haya debido a un caso fortuito no proporcionado por la víctima. Exclusivamente, cuando a la creación del riesgo se une la actuación culpable del organizador, se incurre en responsabilidad, y siempre y cuando haya un nexo causal entre el daño y la conducta negligente; pero cuando no existe componente negligente en la creación del riesgo y sí la asunción voluntaria —culpable o inculpable— del riesgo por la víctima, procede la exoneración del organizador⁴².

Por su parte, Ignacio GALLEGO afirma que, en principio, los sujetos que participan voluntariamente en un festejo taurino no tendrían derecho a ser indemnizados por los daños sufridos, pues su intervención en el espectáculo implica la asunción de un riesgo ciertamente existente. No obstante, añade: «Aun partiendo de un principio de irresponsabilidad del organizador del festejo en los casos de voluntaria asunción de riesgos de la víctima, sin embargo, tal irresponsabilidad no es absoluta, sino que habrá que estudiar en el caso concreto si existe algún tipo de deficiencias o anomalías en la organización, en los puestos de protección, etc. que, de algún modo, hayan cooperado en mayor o menor medida a la producción del daño, en cuyo caso surge la responsabilidad del organizador, ya sea parcial (por compensación de culpas o concurrencia de causas) o total (si los defectos eran absolutos) por los daños sufridos. En esta dirección, la jurisprudencia suele señalar como base jurídica para reconocer la responsabilidad la culpa o negligencia del organizador —*ex* artículos 1902 y 1903—»⁴³.

Además de una actuación culposa del organizador, es preciso acreditar el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido por la víctima. Así lo consideró la STS, Sala Tercera, de 1 de febrero de 2006, al denegar la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de las lesiones causadas a un participante en un encierro, en el que fue corneado por una res. Los hechos sucedieron con motivo de las fiestas veraniegas de Sigüenza de 1996. La víctima, después de una noche sin dormir, en la madrugada del 16 de agosto «y con ingesta alcohólica que le había provocado diversas caídas», se fue a correr

el encierro que se celebraba a las ocho de la mañana. Durante él resultó cogido por un novillo que le causó graves lesiones en el miembro inferior izquierdo, de las que tardó en curar. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, fue desestimado por entender que siendo la conducta del recurrente tan relevante en la producción del hecho dañoso, rompía «la necesaria relación o nexo causal entre el daño y el funcionamiento de un servicio público, en este caso, el festejo taurino (encierro) organizado por el Ayuntamiento».

Frente a dicha sentencia se interpuso recurso de casación, fundamentado en un único motivo: la infracción de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, sobre lesiones causadas a particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En su desarrollo, el recurrente acreditó que la persona contratada por el Ayuntamiento como director de lidia estaba inscrito en una sección del Registro General de Profesionales Taurinos que no le permitía actuar como tal, así como la ausencia de colaboradores contratados para evitar la huida de las reses o auxiliar a los participantes.

El Tribunal Supremo consideró que los hechos probados, según la sentencia recurrida, impedían apreciar la existencia de un nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido por el recurrente, que solo a él resultaba imputable. Además, tampoco podía apreciarse la existencia, como hecho determinante del daño, de un funcionamiento anormal de la administración local organizadora del encierro, «dado que la calificación profesional del Director de Lidia que como el recurrente pone de manifiesto, debía ser un matador de toros o de novillos con picadores y resultó ser un matador de novillos sin picadores carece en absoluto de relevancia en la producción del hecho determinante de las lesiones que fue la caída producida por un objeto que no advirtió en el suelo o por la aparición súbita del toro cuando iba corriendo en el último tercio del trayecto cerca de la puerta de la plaza de toros, en cuya circunstancia evidentemente el Director de Lidia, tuviera una u otra cualificación, poco podía hacer para evitar el accidente». Respecto a la ausencia de colaboradores, entendió que no quedaba acreditada. En conclusión, los hechos determinantes de las lesiones sufridas por el recurrente solo a él le resultaban imputables.

En el mismo sentido, la Sala Primera del Alto Tribunal, en sentencia de 7 de junio de 2006, no apreció ni un ápice de culpa, ni responsabilidad en una fiesta taurina en la que no quedó acreditada la omisión del director de lidia, ni que hubiera «relación alguna de su falta con el daño acontecido». La sentencia destaca que la fiesta taurina se organiza para el ocio y recreo de los ciudadanos, y que crea un riesgo conocido y asumido por quienes participan en ella de modo voluntario. Además, insiste en que, aunque se hubieran cumplido las previsiones reglamentarias, el resultado se hubiera producido de la misma forma, lo que hacía inviable una indemnización por parte de la organizadora⁴⁴.

Y, abundando en el mismo criterio, la Sala Tercera, en sentencia de 20 de octubre de 2010, desestimó una demanda de responsabilidad patrimonial dirigida al Ayuntamiento de Villoria (Salamanca) y la Consejería de la Presidencia y Administración Territorial de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por ciertas irregularidades cometidas en un encierro de vaquillas. Durante el festejo y pese a las advertencias de las personas que allí se encontraban, el actor citó a un cabestro que acompañaba a las reses bravas, y cuando el animal se dirigió hacia él no fue capaz de esquivarlo, siendo golpeado por el manso que le causó serias lesiones. El Tribunal de instancia señaló que la responsabilidad de los hechos solo se podía imputar al propio lesionado, «quien asumió de manera totalmente voluntaria las consecuencias de su actuar». El recurrente

denunció ciertas irregularidades reglamentarias como la edad de las vaquillas, la falta de medidas de seguridad en el recorrido del encierro o la ausencia del director de lidia en el lugar donde se produjeron los hechos. Pese a todo, el Tribunal Supremo consideró que se trataba de circunstancias irrelevantes en la determinación del daño. Por el contrario, entendió que los hechos determinantes de las lesiones sufridas por el recurrente solo a él resultaban imputables, por lo cual, se desestimó el recurso.

Y es que, como apunta un sector de la doctrina, la apreciación de culpa exclusiva de la víctima se produce no solo cuando es total o el único fundamento del resultado, sino también cuando dándose una circunstancia concurrente existe una gran desproporción entre la culpa leve del dañante y la gravedad de la actuación de la víctima, que anula o absorbe la de aquel. En tales casos parece justificable negar el derecho a la indemnización⁴⁵.

Descartada la actuación culposa del organizador del festejo y el nexo causal entre el daño producido y dicha actuación, la responsabilidad recaería en la víctima que voluntariamente asume el riesgo propio de este tipo de festejos. Como sucede en el supuesto de culpa exclusiva de la víctima, la asunción del riesgo también constituye una circunstancia relevante en el funcionamiento de la responsabilidad civil pues, en algunos casos afecta a su imputación, llegando a operar como factor de exoneración del supuesto agente dañoso, y en otros sirve para aminorar su extensión cuantitativa. Sin embargo, son figuras distintas, cuyos difusos perfiles, en ocasiones, han sido confundidos por la jurisprudencia⁴⁶. Por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2006, aunque el recurrente alegó la aplicabilidad de las doctrinas de responsabilidad objetiva o por riesgo y responsabilidad por el resultado, la Sala Primera del Tribunal declaró que la causa única del resultado lesivo producido fue la asunción del riesgo creado. Destaca la actuación de la víctima, que decide tomar parte activa en un festejo taurino, «en ejercicio de su libertad individual, y sin que nada conste que limitase la consciencia del riesgo a que se sometía, acepta las consecuencias que pueden derivarse de su conducta. Por consiguiente hay asunción del riesgo creado y concurre la circunstancia de *culpa exclusiva*, entendida técnicamente como causa única del resultado lesivo provocado».

Para EVANGELIO LLORCA, de los datos que ofrece la sentencia no se deduce que hubiera actuación culpable de la víctima que fuera la causa del daño, sino una asunción voluntaria del riesgo⁴⁷. Es verdad, como apunta MEDINA ALCOZ, que las dos situaciones presentan el denominador común de que la víctima potencial se ha introducido en la esfera del riesgo desplegado por el supuesto agente dañoso. Pero, sentado esto, se puede sufrir el daño en virtud de una concreta actuación material añadida que consistiría en una estricta negligencia, o sin la realización de ese *plus* de actividad, por el simple hecho de la asunción del riesgo. «En el primer caso, —concluye la citada autora— estamos ante la causal exoneradora de la denominada culpa de la víctima (concepto ordinario) y, en el segundo, ante la causal exoneradora de la asunción del riesgo (concepto especial), que es un hecho de la víctima privado de componente negligente». Así pues, la asunción del riesgo por la víctima es una figura autónoma que actúa como causa exoneradora del daño e impide su atribución al creador del riesgo desplegado⁴⁸.

La distinción no es baladí y la jurisprudencia parece haberlo entendido así, pues puede tener consecuencias jurídicas. Entre otras, la póliza de seguro de accidentes colectivo que exige el artículo 91 del Reglamento Estatal de Espectáculos Taurinos (RD 145, 1996), cubriría los riesgos derivados de los comportamientos habituales o pautas de conducta que se espera han de seguir los participantes en

este tipo de festejos, pero no los daños que se deriven de una conducta negligente del perjudicado, lo que sería el supuesto de culpa exclusiva de la víctima. Tal y como se ha puesto de manifiesto en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2003⁴⁹. Conclusión que, como apunta ORTÍ VALLEJO, corrobora el artículo 100 de la LCS, al definir el accidente como lesión ajena a la intencionalidad del asegurado. En el caso citado, el organizador del festejo había concertado además un seguro de responsabilidad civil, que cubriría el riesgo del que el asegurado tenga que indemnizar. Así, por el de accidentes quedaban cubiertos los participantes y por el de responsabilidad civil los terceros, que era el supuesto de la sentencia, pues la víctima fue un espectador que resultó cogido debido a la falta de adecuadas medidas de seguridad⁵⁰.

2. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA: LA RESPONSABILIDAD PATRI-MONIAL DE AYUNTAMIENTOS Y LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA

Los Tribunales Superiores de Justicia han asumido la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si analizamos las sentencias de los cinco últimos años, observamos que la mayor parte acoge la tesis de la asunción del riesgo voluntario por la víctima. Así, la sentencia de la Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de febrero de 2011, respecto a los daños sufridos por el actor durante unos festejos taurinos celebrados en la localidad de Marchalmo (Guadalajara), considera que se rompe el nexo causal, «en tanto que su actuación coadyuvó al resultado, asumiendo un riesgo que exonera de responsabilidad al Ayuntamiento organizador del festejo». En la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de marzo de ese mismo año, en el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Museros, se entendió que, con independencia de que en el tradicional festejo de *bous al carrer* los cuernos del toro estuvieran o no despuntados «pero no romos», no puede hacerse derivar de la corporación local, ni siquiera porcentualmente, una responsabilidad que correspondía en exclusiva al accidentado, pues «sabedor de los riesgos que conlleva una fiesta en la que era participante habitual, y conocedor de la concreta peligrosidad del toro que le corneó, decidió, no obstante, acceder de forma voluntaria, al recinto a intervenir de forma activa en el festejo, por lo que con su proceder asumió con plenitud las eventuales consecuencias dañosas que para su integridad física derivaran de tal actuación».

La Sala de lo Contencioso del TSJ de Cantabria, en sentencia de 8 de mayo de 2012 entendió que la Administración Municipal de Ampuero, organizadora de un encierro, no había cometido infracción alguna pues, según quedó probado, supervisó en varias ocasiones el recorrido de los toros, las condiciones del trayecto y se avisó por megafonía repetidas veces. El hecho de que se volvieran dos toros y el recurrente, por resultarle desprevenido, no tuviera tiempo de refugiarse en ningún lugar, lo que provocó que le cornease el toro «se debía a su actuar y al peligro inherente al festejo, y no a ningún actuar de la Administración». En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de junio de 2012 eximió al Ayuntamiento de Monovar de toda responsabilidad en el accidente sufrido por el apelante durante un festejo taurino. A la vista de los hechos, quedó probado que el actor participó voluntariamente en el mismo detrás de unos barrotes, que asumió los riesgos que la proximidad con el lugar donde se desarrollaba la suelta de vaquillas entrañaba, en definitiva, que fue «un despiste de este, lo que facilitó la embestida del toro».

Distinto es el caso ocurrido en el Coliseo de A Coruña en el que resultaron heridas dos espectadoras debido a la ruptura de una de las gradas. La sentencia de 16 de mayo de 2012 del TSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso, condenó a las partes demandadas —el Instituto Municipal de Coruña Espectáculos (MICE) y la empresa de Inversiones Chico S.L.—, así como a sus respectivas aseguradoras, a indemnizar a las dos perjudicadas en las cantidades de 19.931,40 euros y 58.804,77 euros.

Las últimas sentencias confirman la doctrina de la asunción del riesgo. El TSJ de Navarra, en sentencia de 26 de marzo de 2014, estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Tudela y la adhesión a la apelación interpuesta por la compañía MAPFRE SEGUROS revocando la sentencia de instancia que había condenado a la corporación al pago de una indemnización por lesiones irrogadas a dos asistentes al saltar la vaquilla al callejón, cayendo sobre ellos y causándoles lesiones de diversa consideración. El juez de instancia consideró que el Ayuntamiento había incumplido algunas obligaciones, como consentir la presencia de las víctimas en el callejón. Y, como esas circunstancias concurrieron a la producción del siniestro, estableció la responsabilidad patrimonial del citado Ayuntamiento en un cincuenta por ciento de los daños sufridos por las víctimas. Pero el TSJ entendió que el Ayuntamiento adoptó todas las medidas necesarias para este tipo de eventos, y que ni el hecho de que no hubiera personal que impidiese el acceso al callejón, ni la altura de las barreras, ni el exceso de personas determinaron el suceso. Por el contrario, consideró que quien se sitúa en un lugar de riesgo en el desarrollo de un festejo asume el riesgo derivado de su acción, «siendo responsabilidad de los participantes (activa o pasivamente) en la suelta de vaquillas la asunción del riesgo que este tipo de eventos conlleva, si como es el caso, el organizador ha desarrollado toda la diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones».

Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en aquellos casos en los que se observa una concurrencia de causas o elementos en la producción del hecho dañoso —culpa del organizador, caso fortuito, asunción del riesgo—, ajenos a la actuación de la Administración, la cuantía indemnizatoria se modera. Es fácil encontrar sentencias en las que se determina que el comportamiento desplegado por la víctima, o por terceros, justifica una minoración de la responsabilidad del organizador. Así, en la sentencia de 1 de enero de 2012 el mismo Tribunal y Sala apreció concurrencia de culpas entre el recurrente y el Ayuntamiento de Algemés. La corporación local autorizó un festejo sin haber contratado un profesional taurino calificado y, ante la ineptitud de los pastores, la víctima —profesional taurino— se ofreció a ayudarlos. Dicha ineptitud hizo que no cerraran el portón, lo que provocó una nueva salida del toro al ruedo que le empujó. La sentencia estima que se produjo concurrencia de culpas porque el Ayuntamiento no impidió el acceso a la plaza del recurrente, «siendo el garante de la seguridad en dichos espectáculos». Pero, igualmente, el espectador bajó al ruedo, tras insistir en prestar su colaboración para solucionar las dificultades que se estaban produciendo, y «lo hizo de forma voluntaria asumiendo los riesgos correspondientes no solo derivados de la presencia de las reses en el ruedo, sino conociendo también la actuación de los pastores que calificó en todo momento de incompetente, por tanto asumiendo los riesgos correspondientes, de ahí que la sentencia al estimar la existencia de concurrencia de culpas en un cincuenta por ciento resulte acorde con la normativa y jurisprudencia existente en esta materia».

Igualmente, la STSJ de Madrid, de 26 de mayo de 2014, desestimó un recurso de apelación presentado por la esposa de la víctima contra el Ayuntamiento de

Campo Real, por los perjuicios sufridos por ella como consecuencia del fallecimiento de su esposo, ocurrido el 16 de septiembre de 2007, en el encierro taurino celebrado durante las fiestas patronales de dicho municipio. La demandante se mostraba disconforme con la cantidad asignada en concepto de indemnización —56.061 euros—, el cincuenta por ciento de la cantidad de resarcimiento solicitada. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 31 de la Villa estableció esa cantidad por estimar que había habido una concurrencia de causas que determinaban la moderación de la cantidad indemnizatoria respecto a la solicitada. Lo cierto es que, además de que no había habido dejación ni descuido por parte del Ayuntamiento en sus funciones de prevención y vigilancia, en la producción de los hechos concurrió la propia actuación del fallecido, al no respetar la función de la talanquera y utilizarla a modo de burladero o parapeto para citar y provocar al toro, «dificultando con su comportamiento el normal desarrollo del encierro, provocando la embestida del animal». Además, en la producción del siniestro tuvo una importante incidencia la acción de terceros —el público asistente—, que desoyeron las reiteradas recomendaciones contenidas en los bandos municipales, para evitar las acometidas, citación u hostilidad contra los animales. Y también resultó imprevisible la respuesta que dio la talanquera a la maniobra que realizó el toro, «que de manera muy poco probable, tal y como explicó pormenorizadamente el perito designado por insaculación, acertó a introducir el pitón en una pequeñísima superficie del mango del cerrojo, amarrando de tal forma la estructura que consiguió alzarla en vertical a pesar de su peso de más de 500 kilos». Así pues, ante tal concurrencia de circunstancias, se consideró razonable la aminoración realizada por el juez de primera instancia del *quantum* indemnizatorio.

Las últimas sentencias ponen de manifiesto la posición mayoritaria de la jurisprudencia. La STSJ de Extremadura, de 22 de enero de 2015, resume de este modo la teoría de la asunción del riesgo: «La participación libre y voluntaria en estos festejos taurinos tradicionales [Toro de Coria], especialmente por personas de la localidad que conocen perfectamente los entresijos de la fiesta, y su colocación allende las barreras en las que el toro puede circular y dañar a quienes se encuentran en estos lugares, supone la voluntad de asumir un riesgo que no puede ser desconocido, cuando el peligro se convierte en lesión. Tampoco puede admitirse una especie de *versari in re ilícita*, merced al que cualquier incumplimiento administrativo determina una responsabilidad de la Administración, ni tampoco que esa asunción libre de responsabilidad al participar en el festejo carrera de toros determine que la Administración no deba ser responsable en ningún caso»⁵¹.

En efecto, la Administración debe responder en caso de incumplimiento de sus deberes o falta de diligencia debida. Prueba de ello es que el TSJ de Aragón, en sentencia de 26 de octubre de 2015, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Morés (Zaragoza) solicitando la exoneración o, al menos, la aplicación de la concurrencia de culpas en la determinación de la responsabilidad patrimonial, como consecuencia del fallecimiento de un participante en el transcurso de un encierro de vaquillas de dicha localidad, el 31 de mayo de 2009. El Tribunal consideró que la causa del siniestro fue que la valla de protección sobre la que se subieron varios corredores no estaba debidamente anclada al suelo, a pesar de disponer de un mecanismo para ello. Esto hizo que se desplazara como consecuencia de la embestida de la vaquilla, haciendo caer a algunos de los que allí estaban, entre ellos el fallecido, quien al caer se golpeó la cabeza con el bordillo, lo que provocó su muerte. En cuanto al elevado grado de alcohol en sangre de la víctima, no lo considera probado. «Por ello no puede

estimarse que haya habido causas concurrentes en la producción de daño que exoneren o limiten la responsabilidad del Ayuntamiento. Aun tratándose de una actividad de riesgo asumida por los participantes, lo que resultó determinante en la producción del daño fue la falta de diligencia relativa a la valla que, pudiendo estar anclada, no lo estaba, lo que propició la caída de los que se subieron a la misma».

3. JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES: LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DEL RIESGO POR LA VÍCTIMA

Igualmente, las Audiencias Provinciales se han hecho eco de una doctrina que parece ya bastante consolidada. Buena parte de las resoluciones judiciales aplican la teoría de la asunción voluntaria del riesgo por la víctima. Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 29 de marzo de 2012, entiende que el siniestro producido durante una suelta de vaquillas celebrada con ocasión de una despedida de soltero, no hubiera tenido lugar si el actor no se hubiera introducido en el ruedo de la plaza de toros. Por lo cual, aquel asumió de forma libre y voluntaria el riesgo inherente a la propia actividad de la suelta de vaquillas, siendo su propia imprudencia la causa del resultado lesivo ocasionado. Por ello, concluye: «Esta voluntaria asunción del riesgo, eximiría a su vez de toda responsabilidad al organizador, a menos que se hubiese demostrado alguna culpa de este, lo que, en este caso, no se ha producido».

La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 12 de noviembre de 2012, desestimó un recurso de apelación en el que se proponía la calificación de unos hechos sucedidos durante un festejo taurino en la localidad de Ajalvir—deficiente estado de colocación de las barreras—, como constitutivos de falta de imprudencia con el resultado de lesiones. La Audiencia consideró que los festejos taurinos populares son actividades que conllevan un riesgo intrínseco, riesgo que es admitido socialmente y circunscrito a un espacio delimitado, «de forma que tan solo debe afectar a quienes de forma voluntaria acceden a dicho espacio y asumen por ello el riesgo que dicha actividad conlleva, por lo que el hecho de organizar una actividad de este tipo no genera, en principio responsabilidad penal por imprudencia». Todo ello, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil que pudiera derivarse del hecho.

La Audiencia Provincial de Cádiz, en la sentencia de 20 de febrero de 2013, hace propia la doctrina de la asunción voluntaria del riesgo. En este caso, los hechos sucedieron durante la suelta de dos vaquillas en una plaza de toros ubicada en una finca particular. Se trataba de un festejo particular en el cual, reconoce la Audiencia, se observaron algunos defectos de organización porque participaron un número excesivo de personas, no se disponía de las autorizaciones pertinentes, no había medidas de seguridad, no se había contratado seguro de responsabilidad civil, etc. Pero también advierte que en este tipo de festejo, estos defectos suelen ser habituales y conocidos por los asistentes. La propia actora admitió en su interrogatorio haber asistido a otros similares en el mismo lugar. Con todo, no es eso lo importante, sino constatar cómo ninguno de ellos tuvo trascendencia alguna para incrementar el riesgo que asumió la actora o para evitar o reducir la entidad del resultado lesivo. Lo cierto es que la recurrente decidió, libremente, entrar en el ruedo y tratar de torear una vaquilla «al alimón» con otra persona, aceptando la eventualidad de que el animal pudiera cogerla y causarle algún daño. Y eso fue lo que ocurrió, resultando irrelevantes el resto de las circunstancias,

pues una organización más depurada del evento no hubiera evitado el daño o sus consecuencias.

La consolidación de esta doctrina se observa en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 25 de septiembre de 2014, que declara haber lugar, en parte, al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 9 de abril de ese año, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Plasencia, revocándola «al entender que los daños personales sufridos por el actor se debieron a su propia acción pues fue la víctima la que decidió por su propia voluntad bajar a la plaza y tomar parte activa del festejo, corriendo el riesgo más que posible de ser embestido por el toro, por lo que la cogida se produce dentro del ámbito de ese riesgo asumido, aceptado y controlado por la propia víctima, sin que la organizadora lo hubiere incrementado o agravado». En efecto, no queda acreditado que las astas del toro no estuvieran despuntadas; más bien, de lo que se expone en el expediente administrativo, se deduce que sí estaban manipuladas. Por otro lado, el festejo se desarrolló con arreglo a las condiciones de seguridad y sanidad exigidas para la celebración de espectáculos públicos conforme a la normativa aplicable, existiendo un director de lidia y tres colaboradores del mismo. Además, rechaza expresamente que hubiera habido infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, «que en casos similares viene aplicando una responsabilidad cuasiobjetiva a los organizadores» Por el contrario, cita otras sentencias, como las ya analizadas de 10 de febrero de 2006 y 7 de junio de 2006 que, en casos idénticos o similares, aplicaron el criterio de la «culpa exclusiva» por asunción del propio riesgo creado.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 15 de octubre de 2015, siguiendo el criterio de la compensación de culpas o concurrencia de causas, redujo la indemnización a la mitad. En este caso se estimó que las lesiones padecidas por el actor en el curso de una capea se debieron a la participación «conocida y consentida por el actor», en una actividad de riesgo. Además, se destaca su temeraria actuación, pues había ingerido bebidas alcohólicas, «con la consiguiente disminución de reflejos y con igual incidencia en el curso de los acontecimientos». Ahora bien, la actuación de los organizadores también contribuyó al resultado lesivo, pues se produjeron algunas deficiencias como insuficiente iluminación, carencia de botiquín y ausencia de persona que dirigiera y controlara el desarrollo del festejo. Quizá, estas circunstancias pudieran no haber sido definitivas para la producción del resultado lesivo, pero sí lo fue el hecho, apuntado por uno de los testigos, de que cuando el actor se introdujo en la plaza, «ya se había avisado de que la última vaquilla era la que había salido de la misma, viéndose sorprendido por la vuelta del animal». Ante la concurrencia de culpas, el juez consideró la reducción en un cincuenta por ciento de la suma inicialmente reclamada por la víctima.

IV. CONCLUSIONES

I. Los festejos taurinos populares constituyen una realidad muy extendida en la geografía española, que abarca muy diversas manifestaciones, regulada por una ingente producción normativa, a menudo de ámbito muy limitado, y por prácticas y costumbres muy consolidadas.

II. Se trata de espectáculos de riesgo en los que, a menudo, se producen daños de muy diversa consideración, tanto físicos como materiales. En buena

lógica, son muy frecuentes las reclamaciones por daños. Dado que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un régimen legal especial, es la jurisprudencia la que ha determinado los criterios de imputación.

III. En los últimos años, el Tribunal Supremo ha ventilado una plural casuística sobre responsabilidad por daños causados con motivo de la celebración de espectáculos taurinos tradicionales. Ante ello, los pronunciamientos dictados, han evolucionado desde la responsabilidad objetiva del organizador del festejo, en cuanto creador del riesgo, hasta la responsabilidad de la víctima por culpa o por asunción voluntaria del riesgo.

IV. La discrepancia inicial de criterios ha dado lugar a una doctrina más uniforme, que podría sistematizarse del modo siguiente:

1. En primer lugar, los organizadores de estos festejos, frecuentemente los Ayuntamientos, deben responder por los riesgos creados cuando estos sean consecuencia de un comportamiento anormal, es decir cuando medie culpa o falta de diligencia debida en este tipo de espectáculos; y siempre que haya un nexo causal entre el daño y la conducta negligente del organizador.

2. Una vez cumplidos todos los requisitos legales y la prudencia exigible en estos casos, es el participante el que asume la responsabilidad por los posibles daños derivados de su participación en este tipo de festejos, bien mediante una actitud culposa o por asunción voluntaria del riesgo, que es la doctrina más aplicada en la reciente jurisprudencia.

3. En aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se deba a las actuaciones de ambos, se apreciará una concurrencia de culpas que se traducirá en una minoración de la indemnización.

V. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales parece haberse hecho eco de esta doctrina. El análisis de las sentencias de los últimos cinco años así lo demuestra.

VI. Por tanto, en materia de responsabilidad por daños en festejos populares se ha conformado una doctrina jurisprudencial uniforme y consolidada en el tiempo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE MIRANDA, A. (1998). *Ritos y juegos del toro*, Madrid.
- BADORREY MARTIN, B. (2009). Fiestas populares: derecho y tauromaquia en la Castilla medieval, en *El municipio medieval: nuevas perspectivas*, Madrid, pp. 599-642.
- BORRELL MACÍA (1958). *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2.^a ed., Barcelona.
- COLINA GAREA, R. (2014). *La responsabilidad civil de los daños, poseedores y usuarios de animales (Un análisis desde la interpretación jurisprudencial del art. 1905 del Código Civil)*, Madrid.
- COSSÍO, J. M., (1987). *Los Toros*, t. I, ed. undécima, Madrid.
- DELGADO RUIZ, M. (1986). *De la muerte de un Dios. La fiesta de los toros en el universo simbólico de la cultura popular*, Barcelona.
- DÍAZ ALABART, S. (2015). Daños en festejos taurinos, en *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudios de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.^a ed., Madrid, pp. 1044-1045.
- DÍEZ-PICAZO (1999). *Derecho de Daños*, Madrid.

- EVANGELIO LLORCA, R. (2007). El fundamento de la Responsabilidad Civil por daños ocasionados durante la celebración de festejos taurinos en la jurisprudencia civil, en *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, pp. 1166-1167.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, E. (2009). *El Régimen jurídico de los festejos taurinos populares y tradicionales*, Salamanca.
- FLORES ARROYUELO, F. J., (1999). *Correr los toros en España. Del monte a la plaza*, Madrid.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (1997). *Responsabilidad Civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona.
- HURTADO GONZÁLEZ, L. (2012). *Legislación taurina estatal y autonómica*, 2.ª edición actualizada, Sevilla.
- LUMBRERAS VALIENTE, P. (1974). *Los fueros municipales de Cáceres. Su derecho público* (Tesis doctoral), Cáceres.
- MARTÍNEZ, D. (1983). *Orígenes y tradición del corre-bou cardoní*, Solsona.
- MEDINA ALCOZ, M. (2004). *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Madrid.
- MOLINA MOLINA, A. L., (1999). Estampas Medievales Murcianas, desde la Romántica Caballeresca, Casa y Fiesta, a la Predicación, Procesión y Romería, en *Fiestas, juegos y espectáculos en la España medieval. Actas del VII Curso de Cultura Medieval, celebrado en Aguilar de Campoo (Palencia) del 18 al 21 de septiembre de 1995*, Madrid.
- OLLAQUINDÍA, R. (1985). *Pamplona. La casa del toril*, Pamplona.
- ORTÍ VALLEJO, A. (2014). La Responsabilidad Civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 2.ª edición, Madrid, pp. 1570-1572.
- PIZARRO MORENO, E. (2013). *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Valencia, p. 466.
- REGLERO CAMPOS, F. y MEDINA ALCOZ, M. (2014). Causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, t. I, 5.ª edición, Pamplona, p. 940.
- SALVADOR CODERCH, P. y GÓMEZ LIGÜERRE, C. (1999). Toros y capeas, en *InDret 1/00*.
- VICENTE DOMINGO, E. (2014). Los daños causados por animales y en el ámbito de la caza, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 5.ª ed., Madrid.
- YANGUAS, J. Y MIRANDA, (1964), *Diccionario de antigüedades del reino de Navarra*, 3 vols., Pamplona.

VI. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS, de 30 de abril de 1984
- STS, de 3 de febrero de 1995
- STS, de 13 de febrero de 1997
- STS, de 17 de septiembre de 1998
- STS, de 10 de febrero de 2003
- STS, de 10 de febrero de 2006
- STS, de 7 de junio de 2006
- STS, de 15 marzo de 2007
- STS, de 1 de enero de 2012

TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- Sentencia, de 3 de mayo de 2001
- Sentencia, de 28 de octubre de 2004
- Sentencia, de 1 de febrero de 2006
- Sentencia, de 3 de mayo de 2007
- Sentencia, de 20 de octubre de 2010
- Sala de lo Contencioso del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 23 de marzo de 2011
- Sala de lo Contencioso del TSJ de Castilla-La Mancha, de 7 de febrero de 2011
- Sala de lo Contencioso del TSJ de Cantabria, de 8 de mayo de 2012
- Sala de lo Contencioso, del TSJ de Galicia, de 16 de mayo de 2012
- Sala de lo Contencioso, del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 5 de junio de 2012
- STSJ de Navarra, de 26 de marzo de 2014
- STSJ de Madrid, de 26 de mayo de 2014
- STSJ de Extremadura, de 22 de enero de 2015
- STSJ de Aragón, de 26 de octubre de 2015
- AP de Murcia de 29 de marzo de 2012
- AP de Madrid, de 12 de noviembre de 2012
- AP de Cádiz, de 20 de febrero de 2013
- AP de Cáceres, de 25 de septiembre de 2014
- AP de Alicante, de 15 de octubre de 2015

NOTAS

¹ F. J. FLORES ARROYUELO, *Correr los toros en España. Del monte a la plaza*, Madrid, 1999, 35.

² *Ibidem*, 38-39.

³ A. L. MOLINA MOLINA, Estampas Medievales Murcianas, desde la Romántica Caballeresca, Casa y Fiesta, a la Predicación, Procesión y Romería, en *Fiestas, juegos y espectáculos en la España medieval. Actas del VII Curso de Cultura Medieval, celebrado en Aguilar de Campoo (Palencia) del 18 al 21 de Septiembre de 1995*, Madrid, 1999, 35-63; la ref. en 49.

⁴ *Vid.*, B. BADORREY MARTIN, Fiestas populares: derecho y tauromaquia en la Castilla medieval, en *El municipio medieval: nuevas perspectivas*, Madrid, 2009, 599-642; la ref. en 600-611.

⁵ *V. gr.* el Fuero Real, libro IV, título IV, ley XX establece: «Como deve pagar el daño el que diere causa a el. Cuando algun daño viniere a alguno por culpa de otro, o por su consejo, o por su mandado sea tenido de pecharle el daño assi como si el mismo lo fiziesse: e si por auventura buey, o can, o otra bestia qualquier que de su natura debe ser mansa, fiziere daño, o en ome, o en bestia, o en otra cosa, el dueño sea tenuto de emendar el daño, o de dar el dañador que lo fizo: e si fuere bestia brava por su natura, assi como león, o oso, o lobo, o otra bestia semejante, sea tenuto de emendar el daño si no la ato, o no la guardo assi como devia, e si la ato, e la guardo assi como debía, e por ocasion fiziere algun daño, no sea tenuto el daño de pechar el daño mas que de el animal que lo fizo».

⁶ P. LUMBRERAS VALIENTE, *Los fueros municipales de Cáceres. Su derecho público* (Tesis doctoral), Cáceres, 1974, 110-111.

⁷ A. ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Ritos y juegos del toro*, Madrid, 1998, 67.

⁸ El texto completo de la Compilación de Huesca decía: «Cualquiera que azuza con perros a una vaca o buey, si el buey o la vaca hacen daño por azar cuando le azuzan, el dueño pierde el buey o la vaca, excepto si se le azuzan con perros por causa de bodas» (En

Fueros, Observancias y Actos de Corte del reino de Aragón. Edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronca y Santiago Penén y Debesa. Realizada con ocasión del IV centenario de la ejecución de D. Juan DE LANUZA, Justicia de Aragón en 1591; 3 vols., Zaragoza, 1991; la ref. en t. III, p. 97).

⁹ J. YANGUAS Y MIRANDA, *Diccionario de antigüedades del reino de Navarra*, 3 vols., Pamplona, 1964; la ref. en t. III, 73.

¹⁰ M. DELGADO RUIZ, *De la muerte de un Dios. La fiesta de los toros en el universo simbólico de la cultura popular*, Barcelona, 1986, 140-142.

¹¹ J. M. COSSÍO, *Los Toros*, t. I, ed. undécima, Madrid, 1987, 120.

¹² E. HUERTAS VÁZQUEZ, *Fuero de Madrid*, ed. del Ayuntamiento de Madrid, con Introducción, Madrid, 2002, 79.

¹³ BADORREY MARTÍN, *Fiestas populares*, *cit.*, 618.

¹⁴ J. MAJADA NEILA, *Fuero de Zamora*, Salamanca, 1983, 48.

¹⁵ *Synodicon hispanum*, t. VII, Burgos y Palencia, Madrid, 1997, 259.

¹⁶ P. J. ARROYAL ESPIGARES y M. T. MARTÍN DE PALMA, *Ordenanzas del concejo de Málaga*, Málaga, 1989, 76.

¹⁷ M. MARTÍN OJEDA, *Ordenanzas del concejo de Écija (1465-1600)*, Écija, 1990, 260.

¹⁸ *V. gr.*, en un acuerdo de 26 de febrero de 1622 el Ayuntamiento de Santander mandó al carpintero Francisco de Toca que «haga las barreras y se encargue en adelante de tenerlas, ponerlas y quitarlas en cada ocasión que se corran toros. Por hacerlas le pagarán 283 reales; por cuidarlas, ponerlas y quitarlas recibirá un salario anual de 30 reales». El citado carpintero se comprometió a tenerlas terminadas ocho días antes de San Juan (R. M. BLASCO MARTÍNEZ, *Los libros de acuerdos municipales de Santander. Siglo XVII*, 3 vols. Santander, 2002; la ref. en t. II, 700).

¹⁹ En un principio estos se improvisaban en corrales o patios de vecinos, pero desde el siglo XVII en muchos lugares se hicieron fijos. Con ello se ganaba seguridad y se evitaban daños en propiedades ajenas. En 1612 la ciudad de Pamplona compró en la plaza del Castillo una casa, en la cual levantó una nueva construcción que se llamó *Casa del toril* o *Casa de la ciudad*. El edificio contaba con un encerradero provisto de dos puertas que daban a la plaza: una era pequeña y se utilizaba para soltar los toros al coso, la otra era grande y servía para recoger los toros que eran devueltos vivos al corral, así como para enchiquerar a los que desde el encierro llegaban en manada para las corridas, arropados por cabestros y vaqueros. En algún documento de la época también aparece con el nombre de *Casa de los toros*. Por ejemplo, en el acta de una sesión del Ayuntamiento se lee: «Para acabar de pagar la casa de los toros que es en la Plaza del Castillo, los regidores tomaron a censo, sobre sus propios bienes y los de la Ciudad, trescientos ducados prestados por Jaime de Villalva» (R. OLLAQUINDÍA, *Pamplona. La casa del toril*, Pamplona, 1985, 11).

²⁰ En una obra dirigida a Felipe II el doctor Pérez de Herrera proponía, entre otras medidas necesarias para evitar daños durante los festejos taurinos, poner burladeros en las plazas —«algunas medias pipas de madera terraplenadas de arena»— para socorro de los de a pie (*Discurso del Doctor Christoval Perez de Herrera, protomedico de las Galeras de España, en que suplica à la Magestad del Rey don Felipe nuestro señor, se sirva mandar ver si convendra dar de nuevo orden en el correr de toros, para evitar los muchos peligros y daños que se veé con el que oy se usa en estos Reynos*. Fue publicado en 1964 por la Unión de Bibliófilos Taurinos, con una breve introducción de Diego Ruiz Morales, pp. 7-18; la ref. en 16).

²¹ D. MARTÍNEZ, *Orígenes y tradición del corre-bou cardoní*, Solsona, 1983, 61-62.

²² *Vid.*, el texto completo en AHPZ, Real Acuerdo, 2034/12, fols. 19-23.

²³ Además de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, en el ámbito estatal contamos con el Reglamento de Espectáculos Taurinos aprobado por Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero. En paralelo se han regulado los festejos taurinos tradicionales (Orden de 10 de mayo de 1982) y han irrumpido una serie de reglamentos promulgados por los gobiernos de algunas Comunidades Autónomas para disciplinar la Fiesta en sus respectivos territorios, tanto en el ámbito de los festejos populares como en el de las corridas de toros (*Vid.*, L. HURTADO GONZÁLEZ, *Legislación taurina estatal y autonómica*, 2.ª edición actualizada, Sevilla, 2012; y, específicamente para

los festejos populares, D. FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, *El régimen jurídico de los festejos taurinos populares y tradicionales*, Salamanca, 2009).

²⁴ L. Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, 108.

²⁵ R. COLINA GAREA, *La responsabilidad civil de los daños, poseedores y usuarios de animales (Un análisis desde la interpretación jurisprudencial del artículo 1905 del Código Civil)*, Madrid, 2014, 519.

²⁶ *Ibidem*, 530.

²⁷ E. VICENTE DOMINGO, Los daños causados por animales y en el ámbito de la caza, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 5.ª ed., Madrid, 2014, 1508.

²⁸ El suceso se produjo en Coria (Cáceres) durante la celebración de sus tradicionales fiestas de San Juan, en junio de 1992. En las mismas falleció un joven como consecuencia de las heridas que le causó un toro que se soltó por la parte vieja de la ciudad. Al parecer, la víctima se enfrentó a él «al calor de las fiestas y con unas copas de más». Pese a que el Ayuntamiento había cumplido con todas las obligaciones legales establecidas en la R. O. de 10 de mayo de 1982 —autorización gubernativa, suscripción de póliza de seguro colectivo de accidentes y de responsabilidad civil, existencia de instalaciones o servicios médicos, contratación de un director de lidia y otros colaboradores voluntarios, etc.—, el Tribunal descartó el supuesto comportamiento «suicida» de la propia víctima como factor de «exoneración de la responsabilidad del ente por el juego de la culpa exclusiva de la víctima». Destacó en cambio, el razonamiento de la Audiencia de que «en este caso quien asume el riesgo no es el participante, como pretende el juzgador de instancia sino el propio Ayuntamiento organizador del festejo que es quien obtiene el beneficio o provecho y quien debe apechar con los riesgos y contingencias que pudieran dar lugar». Así pues, el Alto Tribunal consideró que «el riesgo creado por una actividad que el Ayuntamiento trata de fomentar para el mejor desarrollo o disfrute de las fiestas patronales, deriva en que, esa dinámica, así acorde con [la] citada finalidad positiva, deba ser la fuente de imputación de responsabilidad por cualquier daño o menoscabo que se derive de todo el complejo de festejos así organizado y luego celebrado».

²⁹ Añade, además, que decisiones como esta parecen contemplar un rechazo a la celebración de este tipo de festejos. Sin duda, una forma de hacerlos poco estimulantes sería el establecimiento de una responsabilidad objetiva por las lesiones resultantes que, entre otras cosas, dispararía los costes de las primas que exigirían las compañías de seguros por las pólizas obligatorias que deben concertar los promotores. (A. ORTÍ VALLEJO, *La Responsabilidad Civil en la explotación y práctica de actividades de ocio peligrosas*, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 2.ª edición, Madrid, 2014, 1570-1572).

³⁰ M. MEDINA ALCOZ, *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Madrid, 2004, 151.

³¹ Díez-Picazo, *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, 109.

³² Medina Alcoz, *La asunción del riesgo por parte de la víctima*, 166-167.

³³ S. DÍAZ ALABART, Daños en festejos taurinos, en *La Responsabilidad Civil por Daños Causados por Servicios Defectuosos. Estudios de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, 2.ª ed., Madrid, 2015, 1044-1045.

³⁴ A. BORRELL MACIA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil. Estudio del artículo 1902 del Código Civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, 2.ª ed., Barcelona, 1958, 70-71.

³⁵ Medina Alcoz, *La asunción del riesgo por parte de la víctima*, 166-168.

³⁶ P. SALVADOR CODERCH y C. GÓMEZ LIGÜERRE, Toros y capeas, en *InDret 1/00*, (1999), 1.

³⁷ A. RAMOS MAESTRE, *La responsabilidad extracontractual del poseedor de animales*, Madrid, 2003, 143.

³⁸ *Vid.*, STS de 3 de abril de 1997, que achaca el resultado lesivo a la falta de atención y cuidado del propio demandante lesionado que no supo guarecerse «adecuada y oportunamente» en los burladeros de la plaza. La STS de 25 de septiembre de 1998 declara la culpa exclusiva de la víctima por colocarse en un lugar no permitido y por el estado de embriaguez en que se encontraba. Y la STS de 8 de noviembre de 2000 estimó la partici-

pación activa del perjudicado en el festejo que se lanzó al ruedo, siendo cogido por una res brava. Pese a lo cual, siguió corriendo por el interior de la plaza donde cayó, sin que los barrotes protectores del callejón sufrieran daño alguno. Así pues, el Tribunal consideró que las lesiones se debieron a la culpa exclusiva de la víctima. Por ello se aplicó la póliza de seguros de accidentes y no la de responsabilidad civil (*Ibidem*, 144-145).

³⁹ DÍAZ ALABART, Daños en festejos taurinos, 1047.

⁴⁰ Conviene tener presente que tras la reforma de la LOPJ 19 2003, de 23 de diciembre, conforme al artículo 9.4, la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para conocer las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad, incluyendo las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva (*Vid.*, sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 18 de julio de 2011).

⁴¹ R. EVANGELIO LLORCA, El fundamento de la Responsabilidad Civil por daños ocasionados durante la celebración de festejos taurinos en la jurisprudencia civil, en *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, J. A. Moreno Martínez (coord.), Madrid, 2007, 1166-1167.

⁴² MEDINA, *La asunción del riesgo por parte de la víctima*, 171-172.

⁴³ I. GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad Civil extracontractual por daños causados por animales*, Barcelona, 1997, 120-121.

⁴⁴ En J. A. SEIJAS QUINTANA (coord.), *Responsabilidad civil por los daños causados por animales*, Madrid, 2008, 27-28.

⁴⁵ F. REGLERO CAMPOS y M. MEDINA ALCOZ, Causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. I, 5.ª edición, Pamplona, 2014, 940; E. PIZARRO MORENO, *Tratado jurisprudencial de responsabilidad por daños*, Valencia, 2013, 466.

⁴⁶ MEDINA ALCOZ, *La asunción del riesgo por parte de la víctima*, 60.

⁴⁷ EVANGELIO LLORCA, El fundamento de la Responsabilidad Civil por daños, 1169.

⁴⁸ MEDINA ALCOZ, *La asunción del riesgo por parte de la víctima*, 60-61.

⁴⁹ «Preciso es señalar — se lee— que, como las modalidades de estos festejos son variadas y su contenido responde a lo que son los usos, costumbres o tradiciones del lugar, los riesgos aceptables son los que se derivan, según estos, de los comportamientos habituales o pautas de conducta que se espera deben seguir los participantes en los mismos, asumiendo los que conlleva el juego y, que afortunadamente, sea por destreza, sea por la experiencia que proporcionan los hábitos de la participación, se traducen en sustos, revolcones o contusiones de escasa entidad. Las mayores y más escasas consecuencias derivadas de los riesgos que origina el desarrollo lúdico (golpes graves, cornadas de resultados inciertos e incluso la muerte) son los que justifican la existencia y necesidad jurídica del seguro de accidente. Por supuesto que si el asegurado, fuera de lo que son las referidas pautas de comportamiento, provoca intencionalmente el accidente, el asegurador se libera del cumplimiento de su obligación (art. 102 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro)».

⁵⁰ ORTÍ VALLEJO, *La Responsabilidad Civil en la explotación...*, 1567.

⁵¹ En este supuesto, aceptando los razonamientos de la instancia, se desestimó la reclamación planteada por la víctima, por entender que el corredor conocía y asumió de manera activa y voluntaria el peligro al que se enfrentaba. El recurrente señalaba como causas de responsabilidad patrimonial que, al pisar un vaso de plástico resbaló y no pudo evitar ser cogido por el toro, correspondiendo al Ayuntamiento según la ley de Bases de Régimen Local, la competencia del servicio público de limpieza viaria y recogida de basuras. Pero la Sala entendió que, aun siendo ciertas esas competencias, no podían llevarse al extremo de hacer responsable a la corporación local de cualquier caída provocada por un resbalón por pisar un vaso, más cuando la presencia de un toro bravo suelto determina la imposibilidad de los empleados municipales de recogerlos. Así pues, determinó que no podía imputarse, por ruptura del nexo causal, tal evento dañoso a la Administración.

Las cláusulas abusivas de intereses moratorios
y vencimiento anticipado en la reciente
jurisprudencia comunitaria y nacional.
La integración *pro consumatore* de la cláusula
de vencimiento anticipado*

*Unfair terms governing default interest and
accelerated termination in recent European and
national caselaw. The modification of accelerated-
termination clauses in favour of the consumer*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional en torno a las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado. En relación con las primeras y sobre la base de la jurisprudencia comunitaria defiende la eliminación pura y simple del contrato, verificado su carácter abusivo, pues una interpretación integradora o reconstructiva del contrato en dicho punto, constituiría una integración *pro predisponente*, y en perjuicio del consumidor, vedada particularmente por las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015 y ATJUE de 11 de junio de 2015 y por los artículos 65 y 83 TRLGDCU. En relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, sin embargo, es partidaria, siguiendo en ello la doctrina sentada por la STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015, de una integración *pro consumatore*, conforme con los artículos 65 y 83 TRLGDCU y la jurisprudencia comunitaria, pues la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria evita al deudor los resultados adversos de la aplicación del artículo 693.1 LEC en relación con el artículo 670.4.3.º del mismo cuerpo legal y le permite beneficiarse de lo dispuesto en los artículos 579, 682 y 693.3 LEC, esto es, condonación parcial de la deuda remanente, tipo mínimo para la subasta y rehabilitación del contrato, con enervación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

ABSTRACT: In this article the author examines the recent European and national caselaw concerning unfair terms governing default interest and accelerated

* 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.

termination. With regard to default interest and on the basis of European caselaw, the author argues that, once it has been established that the terms are unfair, they should be directly eliminated from the contract given that any attempt at modifying or redrafting the contract in this situation would constitute modification in favour of the party dictating the terms, to the prejudice of consumers, which is outlawed in particular by the Judgments of the ECJ of 14 June 2012 and 21 January 2015 and the Order of the ECJ of 11 June 2015, and by artículos 65 and 83 of the Revised Text of the General Consumer and User Protection Law. However, with regard to clauses governing accelerated termination, the author, in agreement on this point with the principle established by the Judgment of the Supreme Court in plenary session of 23 December 2015, favours modification in favour of consumers in accordance with artículos 65 and 83 of the Revised Text of the General Consumer and User Protection Law and European caselaw, given that continuing with the foreclosure procedure protects debtors from the adverse effects of the application of artículo 693.1 of the Civil Procedure Act in relation to artículo 670.4.3 of the said Act, and allows them to benefit from the provisions of artículos 579, 682, and 693.3 of the Civil Procedure Act, i.e. the partial write-off of the residual debt, the reserve price for the auction and rehabilitation of the contract, with cancellation of the mortgage foreclosure procedure (by settling all arrears).

PALABRAS CLAVE: Intereses moratorios. Vencimiento anticipado. Integración del contrato.

KEY WORDS: Default interest. Accelerated termination. Modification of the contract.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015 Y EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS.—III. EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. POSIBILIDAD DE INTEGRACIÓN *PRO CONSUMATORE*.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya señalamos en su día¹, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dictada como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, planteó diversos problemas de interpretación y aplicación, ante la duda de su concordancia con el Derecho comunitario, concretamente con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Motivo por el que dio lugar al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales a las que hacíamos mención en un trabajo anterior (JIMÉNEZ PARÍS, 2014) y consecuentemente, a pronunciamientos del TJUE, algunos de los cuales ya analizamos (JIMÉNEZ PARÍS, 2015). Nos proponemos en el presente artículo analizar con mayor detalle la STJUE de 21 de enero de 2015, así como el ATJUE de 11 de junio de 2015 y compararlos con la reciente jurisprudencia nacional que ha ido produciéndose en los últimos años,

principalmente después de la Ley 1/2013, en relación con las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado de la obligación.

II. LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015 Y EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

Uno de los problemas que suscitaba la Ley 1/2013, concretamente su Disp. Tran. 2.^a en relación con el artículo 3. Dos de dicho cuerpo legal (que modificaba el art. 114 LH)², consistía en la compatibilidad, o no, del recálculo previsto en la Disp. Tran. 2.^a, para los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, de los intereses moratorios devengados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (15 de mayo de 2013), o bien devengados y no satisfechos en dicha fecha. La posible incompatibilidad se derivaba de la interpretación que la Jurisprudencia comunitaria hace del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 (*vid.*, STJUE de 14 de junio de 2012), según la cual la apreciación de la abusividad de una cláusula inserta en un contrato de adhesión entre profesional y consumidor, debía conducir a la eliminación de tal cláusula nula sin posibilidad de integración del contrato.

A este respecto, defendimos (JIMÉNEZ PARÍS, 2013 [1]), la supresión de la cláusula de intereses moratorios, siempre que los pactados fueran superiores a tres veces el interés legal del dinero, sobre la base de la mencionada STJUE de 14 de junio de 2012³. Es decir, la no procedencia del recálculo previsto en la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013.

La reciente STJUE de 21 de enero de 2015 resuelve las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, mediante resoluciones de 12 de agosto de 2013, en relación a si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario, cuando dichos intereses están fijados con arreglo a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo (Disp. Tran. 2.^a Ley 1/2013, de 14 de mayo).

El TJUE responde a esta cuestión reiterando, en primer lugar, su doctrina de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuya al juez nacional la facultad de integrar el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor; cuando declare nula por abusiva una cláusula, modificando el contenido de esta. Seguidamente, el Tribunal señala que también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, *siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato*. No obstante, indica que esta posibilidad queda limitada a los *supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias que representarían para él una penalización*⁴, lo que entiende que no ocurriría en el caso presente, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serían necesariamente menores, al no incrementarse con los intereses de demora previstos por las cláusulas cuestionadas.

Tras sentar estos principios, el TJUE señala que el ámbito de aplicación de la Disp. Tran. 2.^a de la Ley 1/2013, no coincide con el de la Directiva 93/13, pues el de aquella comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario (no solo el celebrado entre un profesional y un consumidor), por lo que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora, carácter abusivo que debe apreciarse de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración, y las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, según el sistema jurídico nacional.

Por lo tanto «en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional».

De este pronunciamiento el TJUE extrae dos consecuencias: 1.^o) Que la fijación por ley del límite máximo de tres veces el interés legal del dinero para los intereses de demora, no impide al juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula que fije un tipo inferior a dicho límite. No cabe, pues, considerar que «un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva». 2.^o) Si el interés de demora fijado es superior a tres veces el interés legal del dinero y por lo tanto, debe ser objeto de limitación en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, «tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula [que con carácter previo debe apreciar]... todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula». El TJUE vendría a sentar así un criterio de independencia entre el contenido legal que el legislador puede dar a ciertas cláusulas del contrato y el control de abusividad de tales cláusulas que debe efectuar el órgano judicial.

Cabe, pues, afirmar que la STJUE de 21 de enero de 2015 deja una gran libertad al juez nacional en la aplicación de la Ley 1/2013, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que, por un lado no impediría el recálculo con arreglo a la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, pero al mismo tiempo dejaría que el juez nacional, si a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, y las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato⁵, entre ellas, las consecuencias de dicha cláusula en el marco del Derecho aplicable al contrato, considerase que la cláusula de intereses moratorios pactada fue abusiva, extraer todas las consecuencias que de tal declaración se derivan de la Directiva 93/13, procediendo a la eliminación de la cláusula del contrato⁶, supuesto en el cual, procedería interpretar el artículo 579, 671 y concordantes de la LEC en el sentido que hemos indicado antes (vid. ut supra, nota 3)⁷.

En la misma línea que la STJUE de 21 de enero de 2015, se ha pronunciado el ATJUE (Sala 6.^a), de 11 de junio de 2015, que resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander (Auto de 19 de noviembre de 2013). Dicho Juzgado planteó si un juez nacional, cuando aprecia la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional, como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la Disp. Tran. 2.^a

de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 LH, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que puede haber realizado el profesional conforme a la Disp. Tran. 2.^a de la Ley 1/2013.

Tras reiterar los principios enunciados en la STJUE de 21 de enero de 2015, el TJUE señala que «el ámbito de aplicación de la DT 2.^a de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios. ...Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no imponen que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13, no se opone a la aplicación de tales normas nacionales. De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13⁸ deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1.º) No prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y 2.º) no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.

Esta doctrina del TJUE viene a coincidir con la sentada en la STJUE de 21 de enero de 2015 y, en parte al menos, con la interpretación que habíamos propuesto (*vid.*, nota 3), pues si bien el TJUE no considera que el solo dato de superar el interés de demora pactado el límite de tres veces el interés legal del dinero determine la abusividad de la cláusula de intereses moratorios (como nosotros entendíamos), sí que considera que el órgano judicial, incluso de oficio, puede y debe apreciar tal abusividad con arreglo a lo previsto en el artículo 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13, y los criterios sentados en su STJUE de 14 de marzo de 2013, *extrayendo de tal declaración las consecuencias del artículo 6.1 y 7.1 de la misma, esto es, su nulidad y eliminación del contrato sin posibilidad de integración. Existe, pues, una jurisprudencia comunitaria uniforme a este respecto, que impide cualquier integración del contrato pro predisponente. La cuestión es si dicha jurisprudencia comunitaria está siendo respetada o no por los órganos judiciales nacionales.*

En un sentido diverso a esta jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado el TS en reciente sentencia del Pleno, de 22 de abril de 2015, si bien en relación con los préstamos personales a consumidores, para los cuales, establece una cierta reconstrucción integradora del contrato, sobre la base de que producido el vencimiento anticipado del préstamo y apreciada la abusividad de la cláusula de interés moratorio, siempre que exceda en más de dos puntos sobre el interés remuneratorio (*arg. ex art. 576 LEC*), dicho exceso debe ser eliminado, pero continuando el Banco percibiendo el interés remuneratorio por entenderse que el presupuesto que lo justifica (*entrega del préstamo*), sigue presente hasta la completa devolución del mismo⁹.

Discrepa de esta doctrina interpretativa, con sólidos argumentos, el AJPI núm. 1 de Jerez de la Frontera de 4 de junio de 2015, sobre la base de considerar que el vencimiento anticipado supone una resolución contractual que solo obliga a la devolución del principal impagado y la indemnización de daños y perjuicios, por lo que habiendo sido declarada abusiva la cláusula de intereses moratorios, liquidatoria de tal indemnización, debe ser eliminada del contrato sin posibilidad alguna de integración (tampoco mediante el pago de intereses remuneratorios, que son efecto de la vigencia normal del contrato, si se han pactado, y no del periodo de liquidación de los efectos resolutorios)¹⁰.

En la referida STS de 22 de abril 2015, el Alto Tribunal hizo un pronunciamiento *obiter dicta* en contra de la mencionada interpretación reconstructiva del contrato para los préstamos hipotecarios a consumidores, en relación con los cuales señaló que planteaban una problemática especial. Sin embargo, una sentencia plenaria posterior, de 23 de diciembre de 2015, *acoge expresamente tal interpretación reconstructiva para los efectos derivados de la apreciación de abusividad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios a consumidores. Cambio de parecer que puede calificarse de sorpresivo dada la brevedad del plazo que media entre una y otra resolución judicial*.

La mencionada STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015 tiene su origen en una acción colectiva mediante la cual se solicita la declaración del carácter abusivo y nulidad de una serie de estipulaciones contenidas en contratos sujetos a condiciones generales de Banco Popular Español y BBVA. Se impugna la cláusula de intereses de demora y de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios de BBVA, siendo dicha impugnación estimada por la Audiencia Provincial, ante lo cual BBVA plantea recurso de casación. El TS considera que los intereses moratorios fijados en las condiciones generales son efectivamente abusivos, y confirma el pronunciamiento de la AP según el cual, la nulidad de dicha condición general afecta al *exceso respecto del interés remuneratorio pactado*. En efecto, señala el TS que existe una correlación *«entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no solo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el periodo en que se prolongue la mora»*. «... El límite cuantitativo del [art. 114.3 LH]... no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar un criterio para un control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las cuales no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal. Por estas razones el artículo 114.3 LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, señala el Alto Tribunal resultaría paradójico, cuando no un motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, *«respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado»*. El TS parece así alejarse de la doctrina del TJUE contenida

en sus sentencias de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015, entre muchas otras, y el ATJUE de 11 de junio de 2015.

Parecería aplicar, en cambio, la doctrina de la STJUE de 21 enero de 2015, el AJPII núm. 5 de Cáceres, de 23 de enero de 2015. Verificada la subasta en ejecución hipotecaria, y producida la adjudicación de los inmuebles hipotecados a favor del ejecutante, este presentó liquidación de intereses moratorios por importe de 92.813,07 euros. Los ejecutados se opusieron a la liquidación de intereses, interesando la nulidad de tal cláusula, y subsidiariamente su moderación al 12%. El ejecutante se opone a la impugnación de los intereses. Teniendo presente el artículo 82 y 83.1 y 2 del RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU, disposición esta última modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo; la Ley de Represión de la Usura; la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (art. 20.4); el artículo 85.6 del mencionado TRLGDCU; el artículo 3 y anexo, núm. 1, así como el artículo 6 de la Directiva 93/13 y el artículo 114.3 LH, en su redacción dada por Ley 1/2013, el Auto considera que tales intereses moratorios son abusivos, apoyándose también en que «la doctrina mayoritaria y prácticamente unánime de nuestros Tribunales es considerar intereses de demora tan altos como el señalado anteriormente como abusivos», citando a este respecto AAP de Cáceres, Sección 1.ª, 41/2013, de 19 de febrero; 46/2013, de 27 de febrero; 165/2013, de 11 de octubre y 172/2013, de 4 de noviembre. En cuanto a la consecuencia de tal abusividad, el Auto, en aplicación de la STJUE de 14 de junio de 2012, *que reitera doctrina anterior*, considera que debe apreciar de oficio tal abusividad, incluso en un procedimiento ejecutivo, tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios, y que no se puede moderar o adaptar la cláusula, sino que simplemente debe no aplicarse. No obstante, reconoce que la AP de Cáceres, en diversas resoluciones (AAP de Cáceres, de 8 de abril de 2014, dictado en apelación núm. 155/2014 y de 11 de abril de 2014, apelación núm. 160/2014, ambos dictados frente a resoluciones de ese juzgado), admite el recálculo del interés con arreglo a la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, de lo cual el juzgador discrepa sobre la base de la STJUE de 21 de enero de 2015. En efecto señala que «en cuanto a la Disposición Transitoria [2.ª], el TJUE recuerda que no se circunscribe solo a los contratos entre consumidores y profesionales y por tanto no solo es de aplicación en relación con la existencia de cláusulas abusivas... Por tanto,... no colisiona con la Directiva 93/13, y que su existencia no impide que los jueces puedan dejar de aplicar una cláusula cuando sea abusiva. Ocurre que cuando no es abusiva (supuestos de préstamo entre particulares, prestatario no consumidor, cláusula negociada individualmente, etc.) se podrá exigir este límite». *«La conclusión es muy clara: no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo recalcularla al triple del interés legal. Si se acuerda lo primero, hay que dejar de aplicar la cláusula. De todo lo anterior se deduce que en el caso presente, declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, no cabe recalcular la cantidad debida, sino suprimirla sin más»*, quedando subsistente el resto del contrato. *El Auto, sin embargo, termina aplicando los intereses de la mora procesal del artículo 576 LEC, señalando a este respecto que «otra consecuencia es que al declararse la nulidad de los intereses de demora pactados, al no existir ya pacto, debe aplicarse el artículo 576 LEC, sobre los intereses de mora procesal, pero no desde el cierre de cuenta, sino desde el día 17 de marzo de 2013, fecha en la que se despachó ejecución al ser aplicable dicho precepto a todos los procesos, incluidos los de ejecución»*, solución esta última que como hemos expuesto antes (*vid., infra* nota 3) no compartimos, pues no la estimamos conforme con

la jurisprudencia comunitaria ni con la disposición del artículo 576 LEC¹¹, que entendemos no es aplicable.

Como hemos señalado antes (*vid. infra* nota 3), excluida la cláusula de interés moratorio, dada su abusividad, tampoco procede la aplicación del artículo 576 LEC, pues estos intereses solo procederían en los procesos declarativos, en ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial (escritura de constitución de hipoteca), sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 *in fine* de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC¹². Pero aun considerando su aplicabilidad, en términos generales, al proceso de ejecución de título no judicial, sería preciso tener en cuenta lo que señala, en este sentido, FERNÁNDEZ RUIZ: «...Sobre la aplicación del artículo 576 LEC a los títulos no judiciales, la jurisprudencia menor ha entendido que, en caso de ejecución de título no judicial, se devenga el interés procesal y se aplica el artículo 576, *pero se devenga siempre en primer lugar el interés pactado (ordinariamente como moratorio), y en ausencia de pacto, el legal más dos puntos*. En este sentido, SAP Lleida, Sección 2.ª, de 28 de febrero de 2007: «Asiste la razón a la recurrente y no resulta de aplicación al caso el interés legal incrementado en dos puntos que establece el auto impugnado con expresa cita del artículo 576 LEC. No estamos ahora en el supuesto previsto en dicho precepto —los intereses por mora procesal que se devengan desde que se dicta resolución judicial que condena al pago de una cantidad— sino que se trata de la ejecución de un título no judicial, cual es la póliza para descuento y anticipo de créditos mercantiles suscrita entre las partes, y se trata de calcular los intereses de demora devengados durante la ejecución (arts. 549, 572 y 575 LEC), *por lo que habrá de estarse, en primer lugar, a lo expresamente pactado entre las partes*» (FERNÁNDEZ RUIZ, 2013). Así pues, *si por hipótesis, el interés moratorio sustituye en la ejecución de título no judicial al interés de demora procesal, eliminado aquel por su abusividad, la aplicación de este implicaría una integración del contrato mediante norma dispositiva supletoria y en perjuicio del adherente, lo que, a nuestro juicio, contraviene frontalmente la jurisprudencia comunitaria*.

No cabría pues, en nuestra opinión, como defendimos en su día [JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1)], ni una integración reconstructiva del contrato mediante la aplicación del interés remuneratorio (suprimido el exceso sobre el mismo, cuya suma da lugar al interés moratorio), ni tampoco la aplicación del interés de demora procesal. *Dado que tal interpretación constituiría una integración pro predisponente, y en perjuicio del consumidor, vedada por la jurisprudencia comunitaria y por los artículos 65 y 83 TRLGDCU*.

III. EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. POSIBILIDAD DE INTEGRACIÓN PRO CONSUMATORE

El Juzgado núm. 2 de Santander había planteado también al TJUE la cuestión prejudicial de si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando un juez nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opondría por sí sola a que el juez nacional dedujese todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de*

la mencionada cláusula. El Juzgado remitente consideraba abusiva una cláusula de vencimiento anticipado por la falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de los intereses, cuando el artículo 693.2 de la LEC, en su redacción dada por Ley 1/2013, señala que para tal vencimiento anticipado debe haberse producido un retraso en el pago de por lo menos tres cuotas mensuales. BBVA, en consonancia con la previsión del artículo 693.2 LEC, tal y como fue redactado por la Ley 1/2013, había esperado al impago de cuatro cuotas mensuales para declarar el vencimiento anticipado, con lo que en la práctica se había atendido al artículo 693.2 LEC.

El TJUE por Auto de 11 de junio de 2015 resuelve la cuestión indicando que «a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de la misma Directiva, *no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica*». Por otro lado, «... el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693.2 LEC no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula», teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, por lo que «*incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, ... produce efectivamente un desequilibrio de este tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto*».

El Auto concluye señalando que «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*».

Analizaremos a continuación cómo han sido interpretados por los tribunales españoles los pronunciamientos del TJUE en relación con este tema.

En relación con los efectos derivados de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, es preciso destacar la STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015. El Alto Tribunal comienza señalando que en términos generales, su jurisprudencia no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, citando como preceptos legales sustentadores de las mismas, el artículo 1124 y 1129 del Código Civil y el artículo 693.2 LEC. Pero, señala, es preciso que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista (art. 1256 del Código Civil y STS de 9 de marzo de 2001, 2 de enero de 2006; 4 de junio de 2008; 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009). Esta última resolución reconoció la mencionada validez sobre la base del artículo 1255 del Código Civil, cuando concurriese justa causa, esto es, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. Indica el Alto Tribunal que el TJUE en sentencia de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, viene a considerar que la cláusula no es abusiva *per se*, sino que puede considerarse como tal, atendiendo a las circunstancias del caso, y debiendo comprobar el juez especialmente, «*si la*

facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esta facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y 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». Partiendo de estos argumentos, el TS considera que la cláusula enjuiciada, que permitía la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. El Alto Tribunal confirma, pues, la decisión de la AP y afirma que *debe tenerse presente el ATJUE de 11 de junio de 2015*, es decir, «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». En cuanto a los efectos de la apreciación de la abusividad de este tipo de cláusulas, el TS señala que el mismo principio de equilibrio de las prestaciones (que rige el control de contenido de las cláusulas predispuestas) debe regir la cuestión de los efectos de la apreciación de la nulidad, de manera que *sería inadecuado que la declaración de abusividad determinara siempre el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria* pues no sería evidente que ello fuese en todo caso más favorable al consumidor. Habría que tener en cuenta, que en el seno de la misma se ofrece el remedio enervatorio del artículo 693.3 LEC; la posibilidad de condonación parcial prevista en el artículo 579 LEC y la previsión de que el valor de tasación a efectos de subasta no sea inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Estas especialidades no serían aplicables si el acreedor hubiese de recurrir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 del Código Civil), con cierre de la vía ejecutiva especial y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real [debiendo recurrir al procedimiento de ejecución ordinario]. «De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor». Por lo que procede, no el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, sino una integración pro adherente, sobre la base del artículo 693.2 LEC.

En nota de la Sala de lo Civil de 21 de enero de 2016, se indica que «si la nulidad del vencimiento anticipado conllevara el cierre del proceso ejecutivo incluso en los supuestos en que la gravedad del incumplimiento justificara el ejercicio de la acción hipotecaria, se privaría al deudor de las especiales ventajas que contiene este procedimiento... La nulidad de la cláusula sí puede producir el sobreseimiento de la ejecución si se dan las condiciones mínimas establecidas en la LEC (el impago de tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente) y el tribunal valora además, en el caso concreto, que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado *no está justificado en función de los criterios fijados por el TJUE*: carácter esencial y no secundario de la obligación incumplida, importe impagado en relación con la cuantía y duración del préstamo y la posibilidad

real que el consumidor haya tenido de evitar la consecuencia del vencimiento anticipado»¹³.

De lo expuesto cabe extraer cuatro consideraciones. La primera, que el TJUE vuelve a dejar en gran libertad al juez nacional para determinar o no, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado (dependiendo del desequilibrio que produzca en perjuicio del consumidor), no constituyendo un obstáculo a ello, el que la cláusula no haya llegado a aplicarse. Segunda, la apreciación de tal carácter debe conllevar, siguiendo su doctrina, su eliminación del contrato, *pero con la salvedad de que la integración del mismo sea más favorable al consumidor, pues la integración pro adherente está prevista por el artículo 65 TRLGDCU y no prohibida por el artículo 83 TRLGDCU ni por la jurisprudencia comunitaria. Únicamente está vedado el reequilibrio del contrato pro predisponente, como señala BALLUGUERA GÓMEZ*¹⁴. Tercera, en esta doctrina apoya el TS su resolución. Y cuarta, el TS estima que del mismo modo que debe seguirse un principio de equilibrio de las prestaciones, en la estimación del carácter abusivo de las condiciones generales de la contratación incorporadas al contrato, dicho equilibrio debe estar presente en la ejecución del contrato, debiendo rechazarse situaciones que impidan al acreedor la tutela de su crédito.

En relación con la libertad de apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, la STJUE de 21 de enero de 2015, y el ATJUE de 11 de junio de 2015, han venido a señalar que el control del carácter abusivo de una cláusula ha de ejercerse con independencia de las concretas previsiones legales que puedan delimitar su contenido. Existiría, pues, un principio de independencia entre el canon legal y el control del carácter abusivo de una cláusula contractual, por lo que si la escritura de constitución de hipoteca estableciese un vencimiento anticipado por tres meses o más, ello no impediría el control de abusividad (cfr., AAP de Palma de Mallorca, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2015 y nota del TS). Tal y como afirma el AAP de Pontevedra, sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015, con la reforma [del art. 693.2.º LEC] el legislador remite el concepto de «obligación de carácter esencial» al puntual pago de las cuotas del préstamo, estableciendo un mínimo de incumplimiento (tres cuotas pendientes) susceptible de generar el presupuesto fáctico que faculte al prestamista para resolver anticipadamente el contrato y apunta un posible remedio para el ejercicio de esta facultad a través de la consignación del importe debido. «No obstante conviene destacar que la reforma legal 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, por debajo del cual se impide ex lege el vencimiento anticipado, pero 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 de control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial [sobre la base de las resoluciones del TJUE] de que el [incumplimiento]... «tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo».

En relación a la cuestión de la integración pro consumatore y la cuestión del equilibrio en la ejecución del contrato, ha señalado el mencionado AAP de Palma de Mallorca, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2015 que «aun cuando se entienda que el préstamo y la constitución de la hipoteca son contratos vinculados que, junto a la compraventa, integran un negocio jurídico complejo cuya finalidad es la adquisición de la vivienda habitual, la circunstancia de que ese bien sea objeto del contrato no puede traducirse en una merma de derechos para el acreedor a la hora de ejercitar las correspondientes acciones para exigir el cumplimiento del

contrato. Así, cuando la vivienda habitual constituye el objeto de un contrato de arrendamiento urbano, es doctrina jurisprudencial consolidada que basta el incumplimiento de la obligación de pago de una sola mensualidad para que el arrendador pueda ejercitar con éxito la acción de desahucio (SSTS de 10 de noviembre de 2010 y 18 de marzo de 2014)». Por otro lado, como señala el mismo Auto «el impago [incluso] de una cuota hace que el acreedor pueda representarse, con fundamento, la inminencia de la frustración del fin del contrato [más aún si se trata del impago de las tres cuotas a que hace mención el artículo 693 LEC]. Las máximas de experiencia evidencian que cuando se produce ese primer impago suelen seguir los demás porque lo que ocurre es que la situación económica del deudor le hace difícil o imposible atender sus obligaciones, situación que se asemeja a la contemplada en el artículo 1129.1.º del Código Civil, esto es, la insolvencia del deudor que produce la pérdida del beneficio del plazo». Que la interpretación efectuada por el TS es correcta, vendría avalada por el argumento, para nosotros crucial, de que si se declarase la imposibilidad de integración del contrato por medio del artículo 693.2 LEC, el acreedor podría instar la ejecución hipotecaria en los términos del artículo 693.1 LEC, solo por el impago de las cuotas vencidas, continuando el crédito devengando intereses remuneratorios durante la ejecución [téngase en cuenta nuestra opinión sobre la eliminación de la cláusula de intereses moratorios sin posibilidad de integración en la ejecución hipotecaria], al no haberse dado por vencida la deuda, y corriendo el riesgo el deudor de que la vivienda se adjudicase por una cantidad mínima en relación con el valor de esta (art. 670.4.3.º LEC) aparte de seguir vinculado obligatoriamente con el acreedor, y por lo tanto, sujeto su total patrimonio al pago de la deuda (art. 1911 del Código Civil)¹⁵. Por otro lado, la posibilidad del deudor (incluso a través del pago de un tercero) de evitar los efectos del vencimiento anticipado, rehabilitando el contrato (arts. 693.3 y 670.7 LEC), equilibra la situación de las partes en la ejecución del contrato, haciendo que un vencimiento anticipado, ajustado a los criterios de la STJUE de 14 de marzo de 2013, sea posible y esté justificado, incluso después de eliminada del contrato la cláusula que lo pactaba por impagos menores. Finalmente, hay que tener presente, además, que la reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 1/2013, permitiendo la alegación de cláusulas abusivas, y el recurso de apelación contra la decisión tomada en relación con esta cuestión, ha eliminado la inexorabilidad del procedimiento (que sancionó el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013), antes debida a la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado y lo previsto en los artículos 698 LEC y 133 LH.

Por lo tanto, una integración *pro consumatore*, por la vía del artículo 693.2.º LEC en relación con los artículos 65 y 83 TRLGDCU, que evita perjuicios ciertos al deudor (art. 693.1 y 670.4.3.º LEC), y que indirectamente tutela la posibilidad de realización del crédito por el acreedor, sería conforme con la doctrina comunitaria, y habría sido la solución dada por el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, si bien apoyándose en la argumentación de que en la ejecución especial hipotecaria, el deudor puede obtener los beneficios de los artículos 579, 682 y 693.3 LEC.

IV. CONCLUSIONES

I. Una vez determinada por el órgano judicial la abusividad de la cláusula de interés de demora, no sería posible recalcular la misma con arreglo a lo dispuesto

en la Disp. Tran. 2.^a Ley 1/2013, ni la aplicación del artículo 1108 del Código Civil, ni verificar una integración reconstructiva del contrato mediante la aplicación del interés remuneratorio (suprimido el exceso sobre el mismo, cuya suma da lugar al interés moratorio), ni tampoco la aplicación del interés de demora procesal. *Pues tal interpretación constituiría una integración pro predisponente, y en perjuicio del consumidor, vedada por la jurisprudencia comunitaria (particularmente STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015 y ATJUE de 11 de junio de 2015) y por los artículos 65 y 83 TRLGDCU.*

II. El TJUE considera que corresponde al juez nacional determinar o no, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado (dependiendo del desequilibrio que produzca en perjuicio del consumidor), no constituyendo un obstáculo a ello, el que la cláusula en cuestión no haya llegado a aplicarse.

III. El TS considera 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 está justificado en función de los criterios expuestos en la STJUE de 14 de marzo de 2013. Estando tal ejercicio justificado, procede una integración del contrato *ex artículo 693.2 LEC*, pro consumatore, *conforme con los artículos 65 y 83 TRLGDCU y la jurisprudencia comunitaria, pues la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria evita al deudor los resultados adversos de la aplicación del artículo 693.1 en relación con el artículo 670.4.3.º LEC y le permite beneficiarse de lo dispuesto en los artículos 579 (condonación parcial) 682 (tipo mínimo para la subasta) y 693.3 (rehabilitación del contrato, con enervación del procedimiento de ejecución hipotecaria) de la LEC.*

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 10 de abril de 1984
- STJUE de 14 de julio de 1994
- STJUE de 7 de marzo de 1996
- STJUE de 27 de junio de 2000
- STJUE de 21 de noviembre de 2002
- STJUE de 7 de septiembre de 2004
- STJUE de 26 de octubre de 2006
- STJUE de 4 de junio de 2009
- STJUE de 6 de octubre de 2009
- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 16 de enero de 2014
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 17 de julio de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015
- STJUE de 18 de febrero de 2016
- ATJUE de 11 de junio de 2015
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 9 de noviembre de 1999
- STS de 9 de marzo de 2001
- STS de 11 de febrero de 2003

- STS de 3 de febrero de 2005
- STS de 2 de enero de 2006
- STS de 20 de julio de 2006
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 4 de diciembre de 2008
- STS de 12 de diciembre de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS de 2 de noviembre de 2010
- STS de 10 de noviembre de 2010
- STS de 1 de octubre de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 18 de marzo de 2014
- STS de 10 de marzo de 2015
- STS (Pleno) de 22 de abril de 2015
- STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015.
- SAP de La Rioja, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2013
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 2 de junio de 2014
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 16 de junio de 2014
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 19 de enero de 2015
- SAP de Valencia, sección 11.^a, de 27 de julio de 2015
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 19 de febrero de 2013
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2013
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 11 de octubre de 2013
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 4 de noviembre de 2013
- AAP de Valencia, Sección 11.^a, de 22 de abril de 2014
- AAP de Valencia, Sección 11.^a, de 28 de julio de 2014
- AAP de Valencia, Sección 11.^a, de 24 de septiembre de 2014
- AAP de Valencia, Sección 9.^a, de 14 de julio de 2015
- AAP de Zamora, Sección 1.^a, de 29 de septiembre de 2015
- AAP de Pontevedra, sección 1.^a, de 30 de octubre de 2015
- AAP de Palma de Mallorca, sección 3.^a, de 24 de noviembre de 2015)
- AAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 27 de noviembre de 2015
- AJPI núm. 2 de Santander, de 19 de noviembre de 2013
- AJPI núm. 20 de Barcelona, de 15 de enero de 2014
- AJPII núm. 5 de Cáceres, de 23 de enero de 2015
- AJPI núm. 1 de Jerez de la Frontera, de 4 de junio de 2015
- AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8694.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general. *Diario La Ley*, núm. 8330.
- Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. *Diario La Ley*, núm. 8344.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2016). *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RUIZ, E., Concepto y regulación de los intereses procesales. *Diario La Ley*, núm. 8154.

- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013) (1). La defensa jurídica del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, 273-357.
- (2013) (2). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 4253-4279.
- (2014). Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013 «anti-desahucios» y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1490-1518.
- (2015). El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 982-1004.
- JUECES PARA LA DEMOCRACIA (2012): *Boletín de la Comisión de Privado*, núm. 4.º, trimestral.
- PÉREZ HEREZA, J. (2016). La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y su posible integración por el artículo 693.2 LEC. *Notario del Siglo XXI*, núm. 65, 52-57.

NOTAS

¹ JIMÉNEZ PARÍS, 2014.

² Artículo 3. Dos. Ley 1/2013: «Se añade un tercer párrafo al artículo 114 [LH] que queda redactado del siguiente modo: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC”». Disp. Tran. 2.ª Ley 1/2013: «La limitación de intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

³ En efecto, señalamos que, fijado legislativamente un criterio legal para el futuro, y que se aplica incluso retroactivamente, en cuanto a cuáles sean los intereses moratorios abusivos, la cuestión radica en determinar qué sanción van a recibir las entidades financieras que celebraron contratos antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 estableciendo intereses de demora superiores a 3 veces el interés legal del dinero. De acuerdo con la STJUE de 14 de junio de 2012, «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 RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU 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». Desde esta perspectiva, una norma como la del artículo 83 TRLGDCU no sería ajustada al principio de efectividad comunitario, en la medida en que

hace imposible o excesivamente difícil, aplicar al consumidor la protección que pretende conferirle la Directiva 93/13. No cabría, pues, ninguna forma de integración del contrato; tampoco la exigencia de un interés remuneratorio, cuando se solicita la devolución anticipada del capital prestado, impidiendo al deudor hacer uso del beneficio del plazo otorgado y renunciado también a dicho beneficio el acreedor, y por lo tanto, a sus consecuencias, el interés remuneratorio; tampoco la aplicación del artículo 576 LEC, pues estos intereses solo procederían en los procesos declarativos, en ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial (escritura de constitución de hipoteca), sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 *in fine* de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC (Cfr.: JUECES PARA LA DEMOCRACIA, 2012). Ahora bien, ejecutada la hipoteca, tras la Ley 1/2013, es evidente que se produce una novación *ex lege* de la deuda pendiente, que ya no queda sujeta al clausulado del contrato de préstamo hipotecario, sino a las disposiciones del artículo 579.2 LEC, en cuanto a la deuda remanente, que será la resultante de aplicar las reglas de los artículos 670 y 671 LEC, y por lo tanto, la regla de adjudicación por y hasta un máximo del 70 por cien del valor de tasación inicial, en los supuestos de vivienda habitual, cuando la subasta queda desierta (párrafo 15 de la E. de M. de la Ley 1/2013, y artículo 671 LEC, que utiliza términos imperativos: «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiere salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien»), así como la regla del artículo 654 LEC en cuanto a la nueva forma de imputar el precio de remate o el importe nominal de la adjudicación. De manera que el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad remanente (que no podrá consistir en intereses de demora según la STJUE de 14 de junio de 2012) queda cubierta en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, en un 65 por cien de la cantidad que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago, o si satisface en los mismos términos el 80 por cien, en el plazo de 10 años. Este interés legal sí se aplicaría, pues, a la deuda remanente. Se trataría de una aplicación de interés de mora procesal de la deuda resultante ahora del decreto de adjudicación del Secretario judicial, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, o de la adjudicación al acreedor; y de la posterior certificación expedida por el Secretario judicial, tras la liquidación de intereses y costas, en la que se certifica la imputación de pagos indicada en el artículo 654.3 *in fine*, y se señala cuál es la deuda remanente por todos los conceptos. Como el artículo 576 LEC señala que el interés de la mora procesal será igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto, o por disposición especial de la ley, el interés legal del dinero del artículo 579.2.a) se correspondería con este último. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales (podemos decir que la novación legal establecida en el artículo 579.2.a) queda inoperante al no haberse cumplido las condiciones estipuladas), excluida la cláusula de interés moratorio abusivo (que se elimina según hemos explicado), y de acuerdo con las normas que resulten de aplicación (art. 576 LEC: interés legal del dinero incrementado en dos puntos), pues ya existe una resolución judicial (auto aprobatorio del remate o adjudicación, ahora decreto del secretario judicial) que constituye un título judicial. Esta interpretación es coherente con otros preceptos legales introducidos por la Ley 1/2013, en la medida en que *si una cláusula abusiva determina la cantidad exigible, se prevé la continuación de la ejecución sin la aplicación de dicha cláusula*. Por otro lado, es lógico que el acreedor hipotecario que abuso de su posición dominante al establecer el interés moratorio superior a tres veces el interés legal del dinero, vea sancionada civilmente su conducta con la supresión de la cláusula nula y la no integración del contrato. De acuerdo con la Disp. Transitoria 4.ª.1, y Disp. Transitoria 1.ª, mientras no se haya ejecutado el lanzamiento, será posible la aplicación de la nueva regla del artículo 671 LEC respecto de actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Además, de acuerdo con la Disp. Transitoria 4.ª. 5: «Lo dispuesto en el artículo 579.2.a) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil será de aplicación a las

adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos del apartado 2.a) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieran a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014. La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado» (redacción dada por la Ley 8/2013). Entiendo que a tales deudores incluidos en el ámbito de aplicación de esas Disposiciones Transitorias, debe resultarles de aplicación tanto la eliminación de la cláusula de intereses moratorios abusivos, como la nueva forma de imputación de pagos del artículo 654 [lo que vendría implícito en el hecho de la aplicación del artículo 579.2.a) (en evitación, además, de cualquier tipo de discriminación)], de manera que, si bien no se devolverían cantidades ya percibidas (a salvo la posible declaración judicial de nulidad de los intereses moratorios abusivos percibidos por la entidad financiera), se alteraría la regla de imputación (por la retroactividad de la norma) para los pagos parciales ya realizados y futuros. El artículo 671 LEC ha sido modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC. Artículo 671 LEC: «Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los 20 días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3. Cuando el acreedor, en el plazo de 20 días, no hiciese uso de esa facultad, el Secretario judicial, a instancia del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo». Esta modificación entró en vigor el 15 de octubre de 2015. Se trata de una adaptación del precepto al nuevo formato de subasta electrónica introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que entró en vigor el 15 de octubre de 2015. Ya la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 129 LH para introducir la forma electrónica única para la subasta notarial derivada de la venta forzosa extrajudicial. La E. de M. de la Ley 19/2015 señala que no parece lógico que la forma electrónica se reserve para las subastas notariales y no se aplique a las judiciales. De ahí que la Ley regule la subasta electrónica de bienes muebles, inmuebles e inmuebles en los casos en que estos hubieran sido hipotecados, con las especialidades propias de la ejecución hipotecaria. Su Disposición transitoria primera prevé que «las subastas de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cuya publicación se haya acordado continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de presentación de la demanda». En cuanto a su Disposición final 6.^a prevé la publicación de un Real Decreto que regule el procedimiento para formalizar consignaciones en sede electrónica, el cual se publicó el 7 de noviembre de 2015 en el *BOE* (RD 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales).

⁴ En este sentido, STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto c-26/13).

⁵ *Id.*, a este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1) y (2).

⁶ *Id.*, Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. En la Jornada de Unificación de criterios de las secciones civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013, se determinó que «con independencia de lo que establecen los artículos 114 de la LH y 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, se considera abusivo en los contratos con consumidores los intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». El efecto de la declaración de abusividad debe ser «la nulidad e ineficacia absoluta del pacto sobre intereses moratorios» y «en el caso de un procedimiento de ejecución, decla-

ración de nulidad del despacho de la ejecución, considerando ilíquida la deuda reclamada, por comprender la liquidación por vencimiento anticipado intereses de demora, siempre que no se pueda determinar el importe de los intereses moratorios anulados e incluidos en la liquidación por el tribunal».

⁷ Artículo 3.1 Directiva 93/13: 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Artículo 4.1. Directiva 93/13: Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

⁸ Artículo 6.1 Directiva 93/13: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Artículo 7.1. Directiva 93/13: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

⁹ Banco Santander interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Cirilo, solicitando la condena a la devolución de 16.473,76 euros, en concepto de principal, y 4.942,13 euros, presupuestados para intereses moratorios al 21,80%, devengados y que se devenguen desde la fecha de la demanda hasta su total pago. En primera instancia se estimó la demanda. Recurrida en apelación por D. Cirilo, solicitó su revocación en parte, alegando el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados, solicitando su moderación con arreglo al límite fijado en la Ley de Crédito al Consumo para los descubiertos en cuenta corriente (2,5 veces el interés legal del dinero en el momento de la celebración del contrato). La Audiencia declaró nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios y la tuvo por no puesta, condenando al pago del principal con los intereses legales que se devenguen desde la notificación de la sentencia (art. 1108 del Código Civil). Banco Santander interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, planteando las tres cuestiones sustantivas siguientes: 1) que no puede realizarse el control de abusividad porque la cláusula de intereses moratorios fue negociada y el demandado no es consumidor; 2) en la hipótesis de considerarse que pudiera controlarse la abusividad, el interés fijado no es abusivo; 3) *si la cláusula fuera abusiva, habría que integrar el contrato mediante la moderación de tal cláusula, pero no suprimir el interés de demora*. Supuesto lo anterior, el recurso señala que, procesalmente, la sentencia recurrida es incongruente porque el demandado había pedido la moderación del interés de demora y la Audiencia Provincial acordó su eliminación. En relación con la primera cuestión, el TS señala, como presupuestos básicos, que su jurisprudencia ha considerado la contratación bajo condiciones generales como un auténtico modo de contratar; que el hecho de que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 Directiva 93/13/CEE) y 82.1 TRLGDCU)

y que la jurisprudencia del TJUE que desarrolla la Directiva 93/13/CEE «ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. En concreto, que la STJUE de 30 de mayo de 2013... ha declarado que *el artículo 6.1 de la Directiva ...es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público*, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión... [Que], en conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como *un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general... es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y que... tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales*, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (art. 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos». Sentado lo anterior, el TS señala que para que una cláusula pueda considerarse no negociada basta con que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional, según el artículo 3.2 de la Directiva, carácter impuesto que «no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio». Tampoco es preciso que el consumidor mantenga una conducta activa y vea rechazado su intento de negociar, ni que exista una posición monopolística del predisponente, para considerar la cláusula como no negociada. Por otro lado es notorio que en determinados sectores de la contratación, en especial los bienes y servicios de uso común, entre ellos los servicios bancarios, los profesionales utilizan contratos integrados por condiciones generales. Por ello el artículo 3.2 de la Directiva y el artículo 82.2 del TRLGDCU prevé que el profesional que afirme la negociación individual de la cláusula, asume la carga de la prueba de tal negociación (STJUE de 16 de enero de 2014). Y en este sentido no basta incluir en el contrato un epígrafe de «condiciones particulares» o menciones predispuestas que afirmen el carácter negociado. Es preciso que el profesional justifique las razones excepcionales que le llevaron a la negociación individual; que se pruebe tal negociación y las contrapartidas que el consumidor obtuvo por la inserción de la cláusula que favorece la posición del profesional. La mera alegación de negociación sin prueba de estos extremos supone identificar consentimiento libre con negociación contractual, no siendo la ecuación correcta. En relación con la alegación de que el demandado no era consumidor porque no consta que el dinero prestado se destinara a adquirir bienes de primera necesidad el Alto Tribunal considera que tampoco puede prosperar, ya que tal circunstancia es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato celebrado con un consumidor quede excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores es necesario que siendo una persona física, celebre el contrato en calidad de profesional, *por destinar el objeto del mismo a su actividad comercial, empresarial o profesional (art. 2.b) Directiva 93/13/CEE*. En conclusión, la cláusula de interés de demora es susceptible de control de abusividad en su contenido. En relación con la segunda cuestión sustantiva planteada, el TS señala que «aunque la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que no es posible moderar los intereses de demora aplicando el artículo 1154 del Código Civil, ha dejado a salvo la posibilidad de controlar las cláusulas que establecen tales intereses cuando se trata de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores». Como dicha cláusula es un elemento accesorio del contrato, no resulta afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva, «que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida». Es más, tanto la Directiva, como el TRLGDCU, prevén la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento (fin de la cláusula junto con el estímulo al pago). La previsión legal aplicable es, según el TS, la Disposición adicional primera, apartado 3.º,

último inciso, de la LGDCU, vigente cuando se celebró el contrato (actualmente artículo 85.6 TRLGDCU). El recurrente consideró que la adición de 10 puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio (del 11,8% al 21,8% anual) del préstamo personal no era excesivo y alegó que los criterios de referencia utilizados por la Audiencia como el de 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 19.4, hoy 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo) no eran adecuados porque estaban previstos para otras situaciones. A esta alegación responde el TS que *«en España, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados miembros de la UE, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJUE. El objeto de esta resolución se ciñe a la abusividad del interés de demora en los préstamos personales puesto que los préstamos hipotecarios tienen un tratamiento distinto y presentan unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo 3.º del artículo 114 de la LH, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la doctrina que al respecto resulta de la STJUE de 21 de enero de 2015...»*. Continúa el Tribunal indicando que el artículo 3.1 de la Directiva define la cláusula abusiva y el TJUE en reiterada jurisprudencia ha señalado que tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión (como el citado artículo 3.1 del Directiva 93/13) que no contenga una remisión expresa al Derecho nacional para determinar su sentido y alcance, normalmente debe ser objeto en toda la UE de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. En este sentido, para determinar si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que *debe tenerse en cuenta las normas de Derecho nacional aplicables a falta de pacto entre las partes, de manera que pueda valorarse si el contrato deja al consumidor en una situación menos favorable que la prevista por el Derecho dispositivo nacional*. También habría que tener en cuenta las normas dispositivas aplicables en otros contratos de ese tipo celebrados con consumidores y el tipo de interés legal, todo ello para verificar si el fijado en el contrato es adecuado para garantizar los fines que tal interés persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 de marzo de 2013). Igualmente debe comprobarse si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo de 2013). El TS, teniendo presente todo lo anterior, considera que *«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora... debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era de un 11,8% anual, TAE 14,23%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto»*... «La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores... Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia... *Con base en los criterios expuestos, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal*». Lo que le conduce a considerar que el interés litigioso es claramente abusivo porque consistía en la adición de 10 puntos porcentuales al interés remuneratorio. En cuanto a la alegación de que la Audiencia Provincial debió integrar el contrato, mediante la moderación del interés

moratorio (que era lo pedido por el demandado), el TS responde que el TJUE ha deducido del artículo 6.1 de la Directiva que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula declarada abusiva, *sin estar facultados para modificar su contenido, siempre que el contrato pueda subsistir sin la aplicación de dicha cláusula* (STJUE de 14 de junio de 2012, 30 de mayo de 2013 y 21 de enero de 2015), lo que se infiere del artículo 7.1 de la Directiva, pues la moderación de la cláusula contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el que pura y simplemente tal cláusula no se aplique. De ahí que la STJUE de 14 de junio de 2012 haya declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a la normativa de un Estado miembro como el artículo 83 del RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU, que atribuye al juez nacional la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva [lo que ha dado lugar a la modificación del citado texto legal por Ley 3/2014, de 27 de marzo]. En cuanto a la posibilidad de aplicar supletoriamente el Derecho dispositivo nacional, el TJUE solo lo ha admitido cuando sea necesario para que el contrato subsista en beneficio del consumidor; pues su nulidad total le haría quedar expuesto a consecuencias penalizadoras (STJUE 30 de abril de 2014 y 21 de enero de 2015), habiendo señalado en esta última sentencia, que la anulación de la cláusula de interés de demora, no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución serían necesariamente menores. Por lo tanto, de tales STJUE se extrae la conclusión de que la consideración de abusiva de una cláusula conlleva su supresión sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional prevista para el caso de falta de pacto, y por lo tanto, sin que pueda integrarse con arreglo a los criterios del artículo 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor, lo que no es el caso. Si bien el recurrente alega que el artículo 10.2 de la LCGC y el artículo 10.bis.2 LGDCU vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial cuando se apreciara la abusividad de una cláusula, el TS señala que «el TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas de Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta». Así, el TS concluye que una interpretación del Derecho interno vigente al celebrarse el contrato, conforme con la Directiva, exige una integración reconstructiva del contrato, si es necesaria para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, y la eliminación de la cláusula, si el contrato puede subsistir sin ella. Sorprendentemente, sin embargo, el resultado al que llega es que «la abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. [Pero que] este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula de interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad. No es obstáculo a lo dicho que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, puesto que ello solo significó, en su momento, que fuera exigible el pago del capital y los intereses sin esperar al transcurso de los plazos inicialmente previstos y que procediera el devengo del interés de demora sin necesidad de esperar a que fuera venciendo cada uno de los plazos en que se había fraccionado la amortización del préstamo. Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado. Por consiguiente, en el supuesto objeto de recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser; como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar «reducción conservadora de la

validez»), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada», solución más favorable a Banco Santander que la adoptada por la Audiencia, por lo que el recurso de casación se estima en parte. En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, el TS lo desestima sobre la base de que el TJUE ha afirmado reiteradamente, desde la STJUE de 27 de junio de 2000 [también en STJUE de 21 de noviembre de 2002; 26 de octubre de 2006; 4 de junio de 2009; 6 de octubre de 2009; 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013], que la Directiva 93/13/CEE impone a los jueces nacionales el actuar de oficio en la apreciación de cláusulas abusivas, indicando la STJUE de 14 de junio de 2012, 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, pues no se alcanzaría el objetivo del artículo 6 de la Directiva, si como dice la STJUE de 4 de junio de 2009 los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual, lo que podrían no hacer por ignorancia, o bien por ser superiores los honorarios del abogado a los intereses en juego (STJUE de 27 de junio de 2000). En este sentido, indica el Alto Tribunal que la STJUE de 30 de mayo de 2013 ha afirmado que al ser el artículo 6.1 de la Directiva una disposición de carácter imperativo y dada la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el dicho artículo 6 debe considerarse equivalente a las disposiciones nacionales de orden público, por el que el Tribunal de apelación debe ejercer la competencia que el Derecho nacional le otorga para aplicar de oficio las normas de orden público y por lo tanto debe, de oficio, apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, a la luz de los criterios de la Directiva. Esta jurisprudencia habría sido asumida por la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, siendo obligatorio para todos los tribunales. Habiéndose también declarado en STS de 20 de julio de 2006, que «es reiterada doctrina jurisprudencial que el artículo 359 [LECA 1881] no impide a los Tribunales decidir *«ex officio»* como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o la inexistencia de los contratos radicalmente nulos, en las coyunturas en que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de delito. El TS señala que, en este caso, la actuación de oficio no se ha proyectado sobre la apreciación de abusividad (solicitada por el consumidor demandado) sino en cuanto a la determinación de los efectos de la misma, aplicando la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012, y rechazando la integración con arreglo al artículo 1258 del Código Civil. Actuando de este modo, el Tribunal no habría incurrido en incongruencia, pues las consecuencias inherentes a la declaración de ineficacia de un negocio o una estipulación del mismo son aplicables de oficio como efecto *«ex lege»*, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez (STS de 9 de noviembre de 1999; 11 de febrero de 2003, 4 de diciembre de 2008, 1 de octubre de 2012 y 10 de marzo de 2015). Además la corrección de la actuación de la Audiencia vendría reforzada por las declaraciones del TJUE en sentencia de 30 de mayo de 2013. Por todo ello, el recurso extraordinario por infracción procesal no es estimado. En relación con esta última cuestión, hace ciertas precisiones el obiter dicta de la SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 26 de marzo de 2013. Banco Santander presentó una demanda de juicio ordinario contra Don Pascual y Doña Gema, siendo condenado el primero a abonar 12.368,68 euros, con el interés legal del dinero multiplicado por 2,5 desde la fecha de 1 de septiembre de 2009, hasta el completo pago. Banco Santander plantea recurso de apelación contra la decisión del juez «a quo», que había apreciado de oficio el carácter abusivo de los intereses moratorios del préstamo personal (para la compra de un vehículo), al 19,50%, esto es, superior en 10 puntos porcentuales al interés remuneratorio, integrando la cláusula con arreglo al artículo 83.2 TRLGDCU, en su redacción anterior a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y con arreglo al límite fijado en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, esto es, 2,5 veces el interés legal del dinero. Banco Santander sostuvo en su apelación que el juzgador no puede de oficio apreciar la abusividad de los intereses moratorios; que el tipo pactado

no era abusivo porque el demandado no aportó ningún aval por lo que el riesgo del prestamista era grande, y que ni la Ley de Represión de la Usura, ni la LGDCU de 1984, ni la Ley 7/1995 de crédito al consumo permiten llegar a la conclusión alcanzada por el juzgador. LA AP confirma la sentencia de instancia en cuanto a la apreciación de oficio de la abusividad y en cuanto al carácter abusivo del interés pactado. Pero en *obiter dicta* señala que, si bien el juez *a quo* habría resuelto más acertadamente aplicando la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 y declarando sin más la nulidad, no aplicando interés de ninguna clase, no obstante «ello no significa que esta Sala vaya a modificar en este caso este extremo, pues ... una cosa es que de oficio cualquier tribunal (incluidos los de apelación) pueda apreciar la condición abusiva de una cláusula que perjudica al consumidor, y otra muy distinta es que esa intervención de oficio pueda extenderse, no ya a la apreciación o no del carácter abusivo de la cláusula, sino también al examen de las consecuencias que el juzgador de instancia (que ya apreció el carácter abusivo de la cláusula) hizo derivar de la declaración de nulidad de esa cláusula abusiva y que dio lugar a un pronunciamiento en primera instancia (la moderación o integración del interés moratorio, que en este caso fue fijado por el juez «a quo» en el legal multiplicado por 2,50), que por no haber sido recurrido, ha devenido firme». De la doctrina del TJUE no cabe deducir, señala la AP que «se pueda en segunda instancia, sin que nadie lo haya recurrido, modificar esa decisión firme del juez *a quo* relativa a las consecuencias derivadas de ese carácter abusivo... máxime cuando en sí mismo, ese pronunciamiento, errado o no, no puede considerarse nulo. Una solución de este tipo sería contraria al principio de seguridad jurídica y en definitiva a la propia naturaleza del recurso de apelación».

¹⁰ El Auto se dicta en el marco de una ejecución que dimana de un juicio monitorio, iniciado con anterioridad a la reforma operada por Ley 1/2013 y doctrina emanada de la jurisprudencia comunitaria, en el que no se procedió a revisión de oficio de las cláusulas abusivas. Por ello, tratándose de consumidores y en el ámbito del artículo 552 NLEC [examen de oficio de las cláusulas abusivas de un título ejecutivo], el juzgado dio trámite de audiencia al ejecutante sobre el carácter abusivo del pacto de interés moratorio. El juzgado, aplicando la doctrina sentada por la STS de 22 de abril de 2015, considera abusivos los intereses moratorios pactados. *Pero discrepa de los efectos que el TS atribuye a la eliminación de la cláusula*. En efecto, señala el juzgador que «el contrato de préstamo no tiene como elemento esencial —necesario para su subsistencia la existencia de un pacto de interés remuneratorio (arts. 1755 del Código Civil y 314 C de C)—. La supresión del pacto de mora de un contrato de préstamo a interés no afecta a la subsistencia del negocio. Además la resolución del contrato de préstamo a instancias del prestamista determina que el negocio deje de producir *los efectos normales* durante la vigencia del mismo, es decir, en el caso de un préstamo retribuido, el pago por el prestatario de los intereses remuneratorios, y así lo razonaba el propio TS en sentencia de 2 de noviembre de 2010 —en relación a cláusulas que permitían al prestamista tras la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento del deudor, *poder reclamar no solo el capital pendiente de amortizar sino también las cantidades por intereses remuneratorios respecto a cuotas vencidas anticipadamente*—. Desde la resolución contractual del contrato lo que procedería es la devolución del capital con la indemnización de daños y perjuicios —artículo 1124 del Código Civil—, la cual habiéndose pactado en cláusula de pacto de mora declarada abusiva y suprimida del negocio, determinaría que solo tenga la resolución contractual a instancia del prestamista por incumplimiento del prestatario, la consecuencia de generar a cargo del deudor la obligación de devolver el capital recibido y pendiente de amortizar, sin que se comprenda la prolongación del pago de intereses remuneratorios tras la resolución anticipada del contrato a instancias del prestamista —o tras la llegada del vencimiento pactado— puesto que desde la resolución contractual —o finalización del plazo pactado— y reclamación judicial, el contrato dejó de producir los efectos normales y pactados para su vigencia y entró en una fase de liquidación de los efectos de la resolución o vencimiento —que no son otros que la devolución de las prestaciones—, en este caso del capital prestado y pendiente de amortizar, sin posibilidad de obtener el prestamista indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento al haberlos determinado la entidad bancaria en un pacto declarado abusivo y que ha de ser suprimido del contrato. Ninguna interpretación reconstructiva ampara la Directiva 13/93 en casos como el presente en que la supresión de la

cláusula abusiva no afecta a la subsistencia del negocio resuelto a instancias del prestamista —o vencido— que no deviene nulo por la expulsión del pacto de mora, sino que simplemente ha de liquidarse sin dicho pacto, es decir, con la restitución de solo el capital prestado y pendiente de amortizar». El Juzgado considera que esta solución procede incluso cuando se trate de contratos celebrados antes de la ley 3/14, de 27 de marzo que reformó el artículo 83.2 RD Leg 1/2007, «... establecer a cargo del prestatario... una obligación de abonar intereses remuneratorios en un contrato de préstamo resuelto... produce el mismo efecto que integrar el pacto moratorio abusivo con un tipo moderado judicialmente; que en definitiva es integrar el pacto en contra de la reiterada jurisprudencia del TJUE... Lo que procede es interpretar la norma vigente [antes de la Ley 3/2014, de 27 de marzo] de modo que garantice la consecución del efecto disuasorio de emplear los profesionales cláusulas abusivas en contratos con consumidores —artículo 7.1 de la Directiva— y la efectividad de la no vinculación del consumidor a pactos abusivos que proclama el artículo 6.1 de la Directiva, lo que necesariamente lleva a aplicar lo dispuesto reiteradamente por el TJUE... Esta es la interpretación de la normativa nacional anterior a la Ley 3/14 o bajo la vigencia de la Ley 7/98, a la luz de la letra y finalidad de la Directiva aplicable en la materia que a juicio de quien resuelve permite llegar a una solución conforme al objetivo perseguido por esta» (STJUE de 7 de septiembre de 2004 y 7 de marzo de 1996, 10 de abril de 1984 y 14 de julio de 1994, según las cuales la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 249.3 del Tratado de la CE y por la propia Directiva, afectando a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión de las autoridades judiciales). En atención a lo expuesto el juzgado declara la abusividad de los intereses moratorios (al 30,5%), teniendo el pacto relativo a los mismos por no puesto y por medio de resolución independiente despacha ejecución por la cantidad reclamada en concepto de capital e intereses remuneratorios impagados. La Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha añadido un párrafo 4 al artículo 815 de la NLEC, en el ámbito del proceso monitorio según el cual «si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento [de pago al deudor], dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir [de pago] al deudor en los términos previstos en el apartado 1. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso». Sobre el proceso monitorio en España, *vid.*, STJUE de 18 de febrero de 2016.

¹¹ En términos similares, BALLUGUERA GÓMEZ, 2014, (1) y (2), quien hace notar que la Ley 1/2013 se dictó entre la publicación de la STJUE de 14 de junio de 2012 y la reforma del artículo 83 TRLGDCU. Si se interpreta que las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, son una prueba de la contradicción entre aquella STJUE y la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, ello «significaría que dicha disposición habría quedado derogada por el artículo 83 TRLGDCU en relación con el apartado cuarto de la Disp. Tran. Única Ley 3/2014, que se dicta para adaptar la legislación consumerista a los mandatos del Alto Tribunal europeo». Pero sería posible una interpretación no derogatoria de tal Disposición Transitoria. «... lo más llamativo de la reforma del artículo 83 TRLGDCU y que tiene la máxima actualidad ha sido que se ha llevado por delante la interpretación de la Disp. Tran. 2.^a Ley 1/2013 permisiva de la reducción al límite legal de los intereses de demora en hipotecas anteriores a la Ley 1/2013 superiores a dicho límite. Tal reducción no cabe en ningún modo, como han puesto de manifiesto numerosos

juzgados por lo que creemos que el texto de la Disp. Tran. 2.^a no debe interpretarse como permisivo de tal reducción. Descartada esa interpretación no hay dificultad para la vigencia de esa transitoria (BALLUGUERA, 2014, [1]). La reforma del artículo 83 TRLGDCU impide que la cláusula nula por abusiva de intereses de demora pueda ser integrada de ningún modo con el interés legal, *ni con el interés de la mora procesal*. «Queda la duda de si las cantidades en mora seguirán devengando intereses remuneratorios o no, cuando la cláusula de intereses de demora declarada nula por abusiva hubiese establecido unos intereses moratorios incompatibles con los remuneratorios. Mi opinión es que no. De la cláusula de intereses moratorios, al adherente le beneficia el que durante su vigencia, por la incompatibilidad estipulada, no se devenguen intereses remuneratorios. Pues bien, ese beneficio subsiste pese a la nulidad de la cláusula de intereses de demora abusiva. Siempre que la cláusula establezca expresamente o de ella o [de] su aplicación se desprenda esa incompatibilidad, lo que exige examinar la redacción concreta de la cláusula en cada caso, el préstamo en mora y las cantidades atrasadas no devengarán interés alguno *ya que la cláusula se elimina del contrato en perjuicio de la persona predisponente, pero no de la adherente, de modo que solo se elimina aquello que perjudica al adherente, pero no lo que le beneficia*» (BALLUGUERA, 2014, [1]). «Por lo que se refiere a una integración *in extremis* de la cláusula nula por abusiva de intereses de demora [para las hipotecas posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013], creemos que las previsiones legales, ya sea la del artículo 1108 del Código Civil, ya sea la del artículo 114 LH, ya sea la mora procesal del artículo 576.1 LEC, operan como un supuesto de integración contractual al amparo de los artículos, 1258 del Código Civil y 65 TRLGDCU, pero quedando vetada dicha integración en beneficio del predisponente o profesional tanto por el reformado artículo 83 TRLGDCU como por el artículo 65 TRLGDCU, queda bloqueado dicho criterio y la respuesta a cuál es la regulación contractual en caso de nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios, es que las cantidades adeudadas *no devengarán nada por intereses de demora ni tampoco por intereses remuneratorios, única solución concorde con el carácter disuasorio de las normas que en Derecho español prohíben las cláusulas abusivas*». En relación con las hipotecas anteriores a la Ley 1/2013, *hay que pensar que si el legislador no aplica las cláusulas de intereses de demora superiores al límite legal es porque contravienen tal límite y por lo tanto son nulas de pleno derecho con arreglo al artículo 8.1 LCGC y al artículo 83 TRLGDCU*. El efecto retroactivo puede deberse a que la limitación se introduce para aplicar la STJUE de 14 de marzo de 2013. *Ahora bien, reducir automáticamente un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero en hipotecas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, es una contradicción, ya que se supe con el máximo legal en perjuicio del deudor*». «Para llegar a esta integración legal se ha tenido que sacar la cláusula de intereses de demora del contrato y si se saca es porque resulta contraria al límite legal, lo que es un caso de cláusula abusiva nula del artículo 8 LCGC, no pudiendo entonces ser objeto de integración conforme al nuevo artículo 83 TRLGDCU» (BALLUGUERA, 2014, [2]).

¹² Cfr. JUÉCES PARA LA DEMOCRACIA, 2012.

¹³ La STS de 23 de diciembre de 2015 (Pleno), comentada, contiene un Voto particular del Magistrado Orduña Moreno. En el voto, el magistrado expresa su convicción de que la doctrina jurisprudencial sentada en favor de la procedencia de la continuidad del proceso de ejecución conforme a la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC, desnaturaliza el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, y supone una integración de la cláusula declarada abusiva, siendo por tanto, contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE. En su opinión, la STJUE de 30 de abril de 2014 solo autoriza excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva, por una disposición supletoria de Derecho nacional (caso del art. 693.2 LEC), cuando dicha integración, afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de este en beneficio de los intereses del consumidor. Este planteamiento sería opuesto a la integración que realiza la sentencia del Pleno de la Sala (sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por la aplicación del art. 693.2 LEC), la cual solo operaría, a su juicio, en beneficio de la entidad bancaria, pues el despacho de la ejecución comportaría la consecuencia más adversa posible para el consumidor, frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Continúa el Magistrado señalando que el régimen de ineficacia derivado del control de abusividad constituye un elemento del concepto de orden

público económico, pues proyecta el principio de efectividad con el que ha de aplicarse la Directiva 93/13, según la cual (art. 6) las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Desvinculación que está en la esencia del carácter sancionador de dicha ineficacia y que informa su función disuasoria. El TJUE, —señala— tiene declarado, reiteradas veces, que el artículo 6 de la Directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público. Del mismo modo que las circunstancias que acompañan al cumplimiento del contrato (retrasos injustificados, incumplimientos parciales, etc.) no pueden ser tenidos en cuenta en el plano autónomo de la valoración del carácter abusivo de la cláusula, tampoco las circunstancias que acompañan el curso de la ejecución hipotecaria pueden ser valoradas en orden al régimen de ineficacia, lo que no ha sido tenido en cuenta por la sentencia. La propia Ley 3/2014, siguiendo la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012, ha modificado el artículo 83 del TRLGDCU para subrayar esta consecuencia jurídica de no tener por puesta la cláusula abusiva y mantener la vigencia del contrato siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Según el mandato del artículo 3.1 de la Directiva, que ordena al juez nacional que «deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión», no cabe otra solución jurídica que el sobreseimiento de la ejecución instada, pues no cabe alegar mecanismos de aplicación analógica o supletoria que conduzcan finalmente a la aplicación de una disposición nacional vulnerando dicho mandato. Pero es que además, si se otorga validez al argumento de la sentencia, se llega a una desnaturalización del control de abusividad. Pues tal control no se realiza de acuerdo a la configuración específica de la cláusula en cuestión, sino de acuerdo a la previsión abstracta que ofrezcan los institutos jurídicos tomados como referencia [art. 693.3, 579, 682.2.º.1 LEC], por lo que ninguna cláusula específica de vencimiento anticipado, por más que resultara claramente abusiva, daría lugar al régimen de ineficacia derivada de su abusividad y, por lo tanto, a la prohibición de moderación o integración de la misma. Por otro lado, el pacto de vencimiento anticipado y su reflejo en la escritura de constitución de hipoteca, constituyen presupuestos de la aplicación del artículo 693.2 LEC. Si tal pacto ha sido calificado de nulo, se carece entonces de título de ejecución. El Magistrado resalta que el planteamiento del voto particular, que él formula, se integraría dentro de la doctrina consolidada del TJUE, que ya habría sido aplicada por nuestros tribunales (AAP de Valencia, sección 9.ª, de 14 de julio de 2015; AAP de Zamora, sección 1.ª, de 29 de septiembre de 2015; AAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de noviembre de 2015). El artículo 693.2 LEC —señala— no es una disposición imperativa, sino una norma procesal que aclara la admisibilidad del pacto de vencimiento anticipado. Una cosa es que el artículo 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado en la escritura el reconocimiento de tal facultad al acreedor, y que el pacto acceda al Registro, como condición «*sine qua non*» para que aquel pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa distinta que semejante previsión implique que el ejercicio de tal facultad es un trasunto de una disposición legal (tan no es así que, si no se recoge en la escritura, el acreedor no tiene tal facultad). Pero si el pacto se recoge y es materialmente válido, la Ley le atribuye unas consecuencias jurídicas determinadas. En el presente caso, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta a la validez del contrato principal de préstamo sino a la ejecución de su garantía (elemento accesorio) y el efecto de integración, por vía de aplicación supletoria, no favorece al consumidor, *pues las ventajas o beneficios que la sentencia señala en caso de continuarse la ejecución, podrían ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de la obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. Máxime atendiendo a los principios de efectividad y de equivalencia en materia de consumidores y de acuerdo con los principios de buena fe y favor debitoris, que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria.* Con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente puede volver a utilizar esta u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto, confiando en que la cláusulas abusiva será integrada, y por tanto, válida, en atención al artículo 693.2 LEC. El voto concluye señalando que «en virtud de todo lo razo-

nado, la doctrina jurisprudencial de esta Sala... infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva, y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio TJUE desarrolla... Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva». En la misma línea de este Voto particular, cabe citar la SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 19 de enero de 2015. El 19 de noviembre de 2008 se había concedido a los demandados, Carolina y Bartolomé, un préstamo para la adquisición de un vehículo amortizable en 120 cuotas mensuales. Al impagar algunas de dichas cuotas, BBVA declaró vencido anticipadamente el préstamo planteando juicio monitorio contra ambos prestatarios en reclamación de 14.597,73 euros. Los demandados se opusieron al juicio monitorio alegando la abusividad de ciertas cláusulas y derivado el procedimiento a juicio ordinario, se redujo la cantidad reclamada a 14.182,79 euros, más intereses remuneratorios, es decir, se estimó en parte la demanda, cifrando el importe de la condena en dicha cantidad e intereses conforme al artículo 576 LEC, rechazándose la nulidad de los intereses remuneratorios y de la cláusula de vencimiento anticipado, dado que desde el impago de cuotas al cierre de la cuenta había pasado más de un año. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, es estimado por la Audiencia. Señala esta: «Al respecto la cláusula quinta de las generales atinentes al préstamo establece: «No obstante la duración pactada, se considerará vencido de pleno derecho el préstamo y exigibles la totalidad de las obligaciones de pago que tenga contraídas el titular cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: (a) Cuando el titular incumpliera cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, especialmente el impago de las cuotas en los plazos previstos»... Y visto el tenor de dicha cláusula se ha de convenir, con el criterio mantenido por la Sección Séptima (sentencia de 16 de junio de 2014) y por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial (sentencia de 2 de junio de 2014, y Autos de 22 de abril de 2014; 28 de julio de 2014 y 24 de septiembre de 2014) que la misma es inaplicable por abusiva, ya que es contraria a los criterios legales antes aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello no solo porque dicho efecto se hace depender exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación del prestatario, sino también del impago de cualquiera de las cuotas, *sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma ante el impago de una cuota. Posibilidad esta que solo se presenta como factible ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el artículo 693.2 LEC en su redacción por Ley 1/2013, que no es aplicable directamente al caso. Ahora bien, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que como ha manifestado el TJUE cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta. Fundada, pues, la reclamación del BBVA en un vencimiento anticipado que ha de tenerse por abusivo, y por no puesto, se ha de rechazar la demanda planteada, *sin perjuicio de que por la demandante se inste en el proceso declarativo correspondiente la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable al prestatario demandado*». Igualmente cabe citar el AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015. Una entidad financiera presenta escrito de demanda de ejecución hipotecaria basada en escritura pública de crédito garantizado con hipoteca. La devolución del crédito se había pactado a 35 años (420 mensualidades) y la ejecutante lo declaró vencido anticipadamente con el impago de cuatro mensualidades. El Juzgado dio traslado previo para alegaciones sobre la posible nulidad del vencimiento anticipado, al*

amparo del artículo 552.1 LEC, oponiéndose a tal nulidad, la ejecutante. En su resolución, que estima la cláusula discutida como nula, el Juzgado señala que el requisito del artículo 693.2 (mínimo de tres mensualidades impagadas) integra un requisito de viabilidad procesal para el despacho de las ejecuciones hipotecarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 15 de mayo, tanto si se ejercita la cláusula de vencimiento anticipado como si solamente se reclaman los plazos vencidos e impagados según el artículo 693.1 LEC. Pero dicho precepto no agota la cuestión de la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, lo que dependerá de la normativa de consumo aplicable y de los criterios jurisprudenciales. Ello no excluye tener en cuenta el criterio legal como punto de referencia al valorar la cláusula o la conducta contractual de la parte ejecutante al ejercitar dicha cláusula, pero por sí mismo no genera un efecto automático o excluyente del análisis de la posible abusividad. El Auto señala que la STS de 27 de marzo de 1999 apreció la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, indicando que «si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido». No obstante, esta posición fue revertida por resoluciones posteriores, admitiendo el TS la validez de este tipo de cláusulas (STS de 12 de diciembre de 2008; 4 de junio de 2008; 2 de enero de 2006; 3 de febrero de 2005). Según la primera, no cabe tener en cuenta la STS de 27 de marzo de 1999 dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en la Sala 1.^a, de manera que en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor no está obligado a esperar el transcurso del plazo convenido para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, pues cabe que por pacto se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, al amparo del artículo 1255 del Código Civil. Pero, señala el Auto, del mismo modo que ha evolucionado la Jurisprudencia del TS, también lo ha hecho la del TJUE, fijando la STJUE de 14 de marzo de 2013 unos parámetros específicos para valorar si este tipo de cláusulas en contratos de consumo pueden ser nulas, lo que supone admitir la eventualidad de la nulidad, lo que deberá ser analizado por el juez nacional. Por otro lado, el Juzgado señala que el debate no estriba en si el acreedor tiene que esperar al transcurso de todos los plazos para reclamar todas las cuotas pactadas, sino en las condiciones que le permiten acudir al vencimiento anticipado en función de la gravedad y carácter esencial del incumplimiento. Partiendo de los criterios fijados por el TJUE (incumplimiento de una obligación esencial; que tenga carácter suficientemente grave respecto a la duración y cuantía del préstamo; que el vencimiento anticipado constituya una excepción respecto a las normas aplicables a la materia; valorar si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado), el Juzgado considera que habiéndose pactado la devolución del crédito en 35 años (420 mensualidades), y habiéndose declarado el vencimiento anticipado tras el impago de cuatro cuotas mensuales (lo que representa un 0,95% del capital), y siendo eficaz el remedio del artículo 693.3, solo para el caso de poder ser ejercitado por el ejecutado, debe calificarse como desproporcionado decretar el vencimiento anticipado del crédito, por lo que procede denegar el despacho de la ejecución. El Auto destaca que es dudoso que en un periodo de tiempo relativamente corto, antes de la subasta, el ejecutado pueda revertir la situación económica que le ha llevado a la situación de incumplimiento, lo que de hecho explica que prácticamente nunca se pueda ejercitar esta facultad en casos de consumo y vivienda.

¹⁴ Si bien BALLUGUERA GÓMEZ, 2014, (1), considera imposible la integración de la cláusula de vencimiento anticipado nula, por tratarse de una facultad en favor del predisponente, sus argumentos, que reproducimos, en favor de la integración *pro consumatore* son interesantes. Así señala que en aplicación de la STJUE de 14 de junio de 2012, la Ley 3/2014 ha modificado el artículo 83 TRLGDCU, suprimiendo la facultad del juez de integrar el contrato a favor del predisponente. Dicha integración se verificaba por medio de la modificación del contenido de la cláusula declarada nula por abusiva. Ahora bien, quedaría en pie y se admitiría la integración en beneficio de adherentes y personas consumidoras, como un derecho de las mismas. Esta interpretación sería incuestionable teniendo presente el artículo 65 TRLGDCU. Este precepto, inserto en el Capítulo I, Título I, del Libro II del TR,

dedicado a las Disposiciones Generales en materia de Contratos con consumidores y usuarios, señala: «*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*». La integración es «la reconstrucción de la regla u obligación contractual en caso de laguna por medio de fuentes objetivas al margen de la voluntad concreta de las partes. La laguna puede ser originaria o el resultado de la nulidad o falta de incorporación de alguna cláusula al contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación». Si bien la integración, en el contrato por negociación, se rige por el artículo 1258 del Código Civil, para la integración del contrato por adhesión habría que tener en cuenta el artículo 86 TRLGDCU. Aunque la reforma ha suprimido del artículo 83.2 TRLGDCU la integración con el artículo 1258 del Código Civil y la buena fe objetiva; el mandato al juez de integrar, y sus facultades moderadoras, *subsisten en los artículos 9 y 10 LCGC; y los artículos 61 y 65 TRLGDCU. Luego la posibilidad de integrar pro adherente sigue vigente*. Como con arreglo al Derecho anterior a la reforma, solo era posible la integración en beneficio del consumidor, la reforma del artículo 83 TRLGDCU no era necesaria, sino que «el mandato de la STJUE de 14 de junio de 2012 podía conseguirse mediante una interpretación *pro consumatore* que impidiese la integración a favor del predisponente de la laguna que deja la nulidad de una cláusula por abusiva». El legislador ha optado sin embargo, por reformar el artículo 83 y dejar claro que no es lícito suplir la laguna dejada por la nulidad de la cláusula abusiva con un contenido equilibrado en favor del predisponente. Aunque desde la Ley de mejora de la protección de consumidores y usuarios, primero el artículo 12.6 LGDCU y luego el artículo 65 TRLGDCU impedían la integración en beneficio del predisponente, existía una práctica en los Tribunales según la cual se integraba el contrato con cláusula declarada nula por abusiva con una obligación equilibrada en la que el predisponente fuese acreedor (así, las sentencias que reducían los intereses moratorios). Con la STJUE de 14 de junio de 2012 «lo que parece claro, es que resulta imposible ya la integración del contrato... con un contenido equilibrado si este favorece al disponente». *Pero, tal pronunciamiento del TJUE no impediría la integración si beneficia o impide perjuicios al adherente*.

¹⁵ Artículo 693.1 LEC, en la redacción dada por Ley 1/2013 y 19/2015: «Lo dispuesto en este Capítulo [Capítulo V, Título IV, Libro III LEC] será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren 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. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, *se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*». Señala el artículo 127.2.º LH, para el caso de juicio ejecutivo contra bienes hipotecados en manos de un tercer poseedor, que «cuando para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se practicará lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 135. Si el comprador no quiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes». Solución esta que podría ser aplicable por analogía al caso del artículo 693.1 LEC. En cuanto al artículo 670.4.3.º LEC, dispone: «Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad [art. 670.4.2.º LEC], se aprobará el remate en favor del mejor postor, *siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos la cantidad por la que se haya despatchado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas...*».

2. DERECHO MERCANTIL

Prestaciones accesorias, escisión parcial y restricciones a la libre transmisibilidad

Ancillary obligations, partial spin-offs and restrictions on free transfer

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015 resuelve un interesante asunto en torno a si resulta necesaria o no la autorización de la sociedad en caso de transmisión de participaciones sociales que lleven aparejadas la obligación de realizar prestaciones accesorias cuando el cambio de titularidad de las referidas participaciones sociales se produce como consecuencia de una escisión parcial de una sociedad en cuyo activo se encontraban las referidas participaciones sociales, razonando la innecesaridad de dicha autorización.

ABSTRACT: *The judgment of the Provincial Court of Madrid of 23 October 2015 settles an interesting case concerning interests entailing the obligation to fulfil some ancillary obligation. The question put before the court was whether the company owning the interests had to authorize their transfer if the change in ownership was a consequence of a partial spin-off enacted by the company. The court reasoned that authorization in that case was unnecessary.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Participaciones sociales. Prestaciones accesorias. Escisión parcial.

KEY WORDS: *Corporate law. Interests. Ancillary obligations. Partial spin-off.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LOS PROCESOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES.—III. LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD Y LA SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015 (Id Cendoj: 28079370282015100238) resuelve un interesante asunto en torno a si

resulta necesaria o no la autorización de la sociedad en caso de transmisión de participaciones sociales que lleven aparejadas la obligación de realizar prestaciones accesorias cuando el cambio de titularidad de las referidas participaciones sociales se produce como consecuencia de una escisión parcial de una sociedad en cuyo activo se encontraban las referidas participaciones sociales.

La respuesta negativa de la Audiencia Provincial de Madrid recae al hacer primar el régimen de la sucesión a título universal anudado a la escisión parcial sobre el consentimiento de la sociedad necesario en los supuestos de transmisión de participaciones sociales con prestaciones accesorias y nos parece *a priori* correcta, aunque echamos en falta un tratamiento del problema desde otros puntos de vista que desafortunadamente no se abordan en la sentencia (a buen seguro, porque no fueron objeto de discusión en el pleito habido) como son la problemática derivada de las posibles excepciones o matizaciones que pueden defenderse al consagrado principio de sucesión a título universal en la escisión parcial.

Igualmente y por idénticas razones consideramos que el tratamiento de la cuestión, bien pudiera haberse abordado desde el análisis del carácter *intuitu personae* o no del objeto de la prestación accesorias, por si efectivamente y pese a la transmisión de las referidas participaciones sociales vía sucesión a título universal se pudiera haber defendido la afección que se pudiera predicar sobre la renegociación o extinción en su caso del objeto de las prestaciones accesorias, en función del carácter personalísimo que de las mismas se pudiera haber predicado.

Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015 no trata, por no ser el objeto del proceso, otro de los problemas clásicos que han de analizarse ante unos hechos como los descritos, a saber, la posible aplicación de las normas legales sobre restricciones a la libre transmisibilidad de participaciones sociales en los casos de modificaciones estructurales, cuestión que sin duda no está exenta de debate y deja de ser lo suficientemente clara como para ofrecer una respuesta rotunda a la misma.

II. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LOS PROCESOS DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES

Los hechos que motivaron el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (FD 1.º), fueron los siguientes:

1. El día 1 de diciembre de 2008 la sociedad mercantil ECONOLER S.A. (en adelante, *ECONOLER*) inicia un proceso de escisión parcial mediante el traspaso en bloque de una parte de su patrimonio a una sociedad de nueva creación, NUEVA ECONOLER SPAIN, S.L. (en adelante, *NUEVA ECONOLER*) y con subsistencia de la sociedad escindida, esto es, una operación de las previstas en el art. 252-1,b) de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. Dicho proceso culminó con el otorgamiento de escritura pública de escisión el 10 de junio de 2009, inscripción de la misma en el Registro mercantil el 24 de junio de 2009 y publicación en el BORME el día 3 de julio de 2009.

3. El bloque patrimonial segregado de ECONOLER y del que resultó beneficiaria NUEVA ECONOLER estaba integrado por las participaciones números 451 a 900, que la primera de dichas entidades ostentaba en la mercantil ENERGÍAS AVANZADAS NUMACO S.L. (en adelante, *EAN*). Dichas participaciones tenían estatutariamente vinculado el derecho de EAN de exigir de su titular ECONOLER el cumplimiento de dos prestaciones accesorias, a saber, la de proporcionar a EAN

financiación para la construcción de instalaciones propias de su objeto social y la de promover los acuerdos necesarios para evitar las situaciones de quiebra, suspensión de pagos o entrada en causa de disolución obligatoria de la sociedad.

4. Como quiera que la transmisión de dichas participaciones se produjo sin contar con el consentimiento de EAN, esta entidad se ha negado a reconocer en NUEVA ECONOLER la condición de socio en aplicación del artículo 24 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, precepto que condiciona la oponibilidad de la transmisión de participaciones con prestaciones accesorias al otorgamiento de ese consentimiento.

Por otro lado, no consta que EAN llegase a ejercitar el derecho de oposición previsto y regulado en el artículo 243 de la Ley de Sociedades Anónimas (y, por remisión del mismo, en el art. 166 de la misma ley) en el curso del proceso de escisión.

5. Así las cosas, NUEVA ECONOLER interpuso demanda contra EAN con el fin de que se declarase su condición de socia de esta última desde el mes de julio de 2009 en que culminó la operación de escisión de ECONOLER y se condenase a la demandada a llevar a cabo su inscripción en el Libro Registro de Socios como titular de las participaciones números 451 a 900 (ambas inclusive).

6. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza NUEVA ECONOLER a través de la interposición del correspondiente recurso de apelación.

Por ello, tras la exposición fáctica anterior, el debate jurídico al que la sentencia de instancia por congruencia y la de apelación por el efecto devolutivo del recurso, quedó fijado solo en si había habido cambio de titularidad de las participaciones sociales con prestaciones accesorias pese a la inexistencia de consentimiento al efecto por la sociedad que las había emitido.

Ante dichos hechos, el debate jurídico que se propone la Sala para resolver el recurso de apelación es el siguiente (FD 2.º):

«Ahora bien, de lo que aquí se trata no es tanto de constatar la evidente vigencia de dicho principio general como de dilucidar si, en atención al concreto ámbito en el que surge el conflicto que nos ocupa, que no es otro que el de una transmisión patrimonial (con asunción correlativa de deuda) producida en el seno de una operación de escisión societaria, deberá aplicarse a ultranza ese principio general que exige el consentimiento del acreedor para todo cambio de deudor o si, por el contrario, ha de prevalecer la singular modalidad de protección de los acreedores diseñada para operar en el ámbito de las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, modalidad de protección que transmuta aquel derecho de veto propio del Derecho patrimonial general en un derecho relativamente más modesto pero igualmente eficaz como lo es el «derecho de oposición», esto es, la facultad que se otorga a los acreedores para exigir que la obligación que se transmite al nuevo deudor sea adecuadamente garantizada antes de que esa transmisión se opere».

La sentencia de apelación niega que el conflicto haya de resolverse mediante la aplicación del principio de especialidad normativa ya que a la circunstancia común contemplada por ambas normas (acreedores precisados de protección ante el cambio de su deudor; tanto el que consiste en la autorización de la sociedad a la transmisión de participaciones sociales con prestaciones accesorias, como el relativo al derecho de oposición de acreedores en el ámbito de una escisión) se añadiría la peculiaridad consistente en tratarse de un sistema de protección espe-

cíficamente diseñado para las hipótesis en las que el cambio de deudor se produce como consecuencia de la modificación estructural de una sociedad mercantil.

Por ello, la sentencia de apelación acude al denominado principio de concurrencia («*lex consumens derogat legem consumtam*»), principio de acuerdo con el cual aquella norma que contempla de modo completo el valor que el ordenamiento pretende preservar en relación con un determinado tipo de supuestos de hecho debe prevalecer sobre —o absorber a— la norma que protege ese valor de un modo solo parcial.

En función de lo anterior, la Audiencia Provincial estima que en función del derecho de oposición de acreedores existente en una modificación estructural (escisión) y, a mayor abundamiento, la responsabilidad solidaria aunque subsidiaria de la sociedad escindida parcialmente del incumplimiento de las obligaciones asumidas por la sociedad beneficiaria de la escisión (... *En nuestro caso, esta responsabilidad comporta que si NUEVA ECONOLER llegara a incumplir las obligaciones accesorias vinculadas a las participaciones que adquirió, EAN gozaría de la posibilidad de exigir el cumplimiento íntegro de las mismas a su primitiva deudora, es decir, a ECONOLER. Significa ello en definitiva que, salvo por el carácter subsidiario de esta responsabilidad solidaria, carácter subsidiario que no tiene por qué originar a EAN especiales contratiempos, esta entidad, en tanto que acreedora, seguiría teniendo por deudora a quien siempre lo fue, por lo que, en cierto modo, ni siquiera podría afirmarse que se haya producido un cambio de deudor con liberación del primitivo*), es dicha norma reguladora la que consume o absorbe a la norma que requiere el consentimiento de la sociedad ante la transmisión de participaciones sociales que tienen aparejado el cumplimiento de una prestación accesorias.

En suma, habiendo quedado constancia del no ejercicio por parte de EAN del derecho de oposición de acreedores que le brindaba la normativa societaria y con el alcance garantista previsto en la misma, la Audiencia falla —correctamente, a nuestro juicio— que ha de estimarse la pretensión de la sociedad beneficiaria (NUEVA ECOLONER) de la escisión consistente en que se inscriban a su nombre en el Libro Registro de Socios de EAN, las participaciones con prestaciones accesorias sobre las que existían prestaciones accesorias¹.

ALFARO ÁGUILA-REAL², coincide con el criterio de esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015, cuando razona lo siguiente: «Desde esta perspectiva, no cabe duda de que la “especialidad” del derecho de oposición debe prevalecer sobre la “especialidad” de tratarse de una deuda derivada de una prestación accesorias. Porque el derecho de oposición protege de forma más completa y ponderada por el legislador los intereses en juego (el interés del acreedor —en el caso de NEA— en que no le cambien a su deudor y el interés de ECONOLER en llevar a cabo la modificación estructural en que consiste la escisión)».

Sin embargo, GARCÍA-VILLARUBIA³ se mostraba partidario de la solución contraria, para este tipo de casos, en base a los siguientes razonamientos:

i) «Parece, sin embargo, demasiado forzado realizar esa construcción y reducir a la sociedad (la sociedad B) a la pura condición de acreedora del socio que tiene a su cargo las prestaciones accesorias, asimilable a los acreedores que tienen el derecho de oposición indicado. Dicha construcción no se compadecería bien con el complejo régimen de las prestaciones accesorias, que pueden consistir en un dar, un hacer o un no hacer y pueden tener un contenido personalísimo que vaya más allá de la pura aportación de dinero o prestación de garantías. Por

tanto, desde esta perspectiva tampoco se encuentra excepción que permita evitar la exigencia de autorización del artículo 88.1 LSC».

ii) «sigue teniendo sentido que la sociedad (la sociedad B) deba pronunciarse sobre la transmisión, pues las prestaciones accesorias van a ser realizadas por una sociedad distinta».

iii) «Las consideraciones anteriores pueden encontrar sustento en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a) de 14 de febrero de 2008. (...) Es decir, en ese supuesto se consideró que la escisión constituía una transmisión *inter vivos* de las acciones pertenecientes a la sociedad escindida a los efectos de la aplicación de una cláusula estatutaria limitativa de la libre transmisión de acciones. Los mismos razonamientos sirven para confirmar que, en el caso aquí planteado, resulta de aplicación la exigencia de autorización de la sociedad para la transmisión, vía escisión parcial, de las participaciones con prestaciones accesorias que antes pertenecían a la sociedad escindida y que como consecuencia de la escisión pasarán a ser propiedad de la sociedad beneficiaria de la escisión».

En nuestra opinión, como hemos adelantado, consideramos que puede defenderse como línea de principio que el derecho de oposición de acreedores existente en una modificación estructural en función del referido principio de consunción, es decir, por considerar que aquel protege de una manera más íntegra los intereses en juego que el requisito relativo a la autorización de la sociedad para la transmisión de prestaciones accesorias, ya que no compartimos que la sociedad cuyas participaciones sociales tienen aparejadas prestaciones accesorias no tenga la consideración de acreedor — según trataremos con posterioridad — ni que sea argumento justificativo para impedir dicha adquisición a título universal de la participación social con prestación accesorial el posible carácter *intuitu personae* que conlleve la correspondiente participación a la que esté obligado su titular, puesto que se estaría confundiendo a nuestro juicio o subsumiendo en único problema dos realidades diferentes, a saber, la transmisión de la participación social con prestación accesorial vía modificación estructural o bien solo la transmisión de la participación social vía modificación estructural pero con extinción de la prestación accesorial en función del carácter personalísimo de la misma, lo que nos lleva a tomar en consideración algún aspecto no abordado en la sentencia, reiteramos, porque entendemos que no fue introducido en el debate procesal.

Es decir, consideramos que se acude al concepto de «sucesión a título universal» para el tratamiento unitario circulatorio de la participación social y de la prestación accesorial correspondiente, sin considerar que dicha circulación puede ser también «escindible», quizás por lo aventurado en el manejo de este concepto de sucesión a título universal en el ámbito societario y el progresivo carácter omnicompreensivo que del mismo se pretende implantar, como si de una regla que no admitiera matización o excepción alguna⁴.

De esta forma, PERDICES⁵ expresaba tal razonamiento: «Si las prestaciones accesorias tienen carácter personalísimo, las mismas serán lógicamente intransmisibles a pesar de la transmisión de las acciones o participaciones que las impliquen. La transmisión de las participaciones o de la condición de socio que las lleven aparejadas supondrán en consecuencia la extinción de tales prestaciones, de modo que, en consecuencia, la concesión de autorización por parte de la sociedad precisará, como requisito de validez, de la oportuna reforma estatutaria (arts. 25 y 95 LSRL). En el caso de denegación a la transmisión propuesta, y siempre que así resulte de acuerdo con las circunstancias del caso y la imposi-

bilidad de admitir vinculaciones indefinidas, será forzoso reconocer al socio un derecho de separación de la sociedad».

Al hilo de lo anterior, cabe citar que la sentencia del Tribunal Supremo de núm. 303/1997 de 15 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2884) rechazó la posibilidad de transmisión *mortis causa* de unas prestaciones accesorias consistentes en una remuneración personal, atendida a la posición que cada socia representaba en la entidad, considerando su número de participaciones sociales.

Con este propósito, hemos de reconocer que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015 no nos ofrece un panorama *fáctico omnicomprendivo* del problema y que un correcto análisis del mismo, debería pasar sin duda por interpretar el contenido de las concretas prestaciones accesorias debatidas, aunque pese a la ausencia de tal recurso sí consideramos de interés proponer a modo de debate, otros aspectos que han de tenerse en cuenta a la hora de ofrecer una solución a un problema similar como el enjuiciado en la presente sentencia.

Con dicho interés, recordamos que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015, nos describe a las prestaciones accesorias inherentes a la titularidad de las participaciones sociales litigiosas, con el siguiente tenor: «*la de proporcionar a EAN financiación para la construcción de instalaciones propias de su objeto social y la de promover los acuerdos necesarios para evitar las situaciones de quiebra, suspensión de pagos o entrada en causa de disolución obligatoria de la sociedad*».

Coincidimos con ALFARO que la naturaleza jurídica de las prestaciones accesorias como obligaciones sociales tienen una clara vinculación contractual⁶ debiéndose por tanto acudir a la aplicación de las normas del correspondiente contrato obligatorio en el que incurren socio y sociedad.

Pues bien, la prestación accesoria consistente en «*proporcionar a EAN financiación para la construcción de instalaciones propias de su objeto social*» que consideramos puede tratarse de lo que se conoce como aportación suplementaria de dinero a los fondos sociales, en primer lugar, tendría que estar redactada —para su inscripción registral— de conformidad con los requisitos que ha establecido la Dirección General de los Registros y del Notariado (*vid.*, resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1998, 7 de marzo de 2000 y 27 de julio de 2001)⁷, siendo el régimen jurídico de dicha obligación la propia de un préstamo⁸.

La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2012 (*BOE* 26 de julio de 2012), califica el carácter no personalísimo de la prestación accesoria suplementaria, es decir, la aportación de dinero del siguiente modo:

«*Por eso si el objeto de la prestación accesoria es fungible, como el dinero, de forma que cualquier tercero podría realizarla, debe considerarse que la negativa de la sociedad a la transmisión, debe estar suficientemente motivada*».

Y lo anterior, a nuestro juicio, es evidente. Nunca puede predicarse la afirmación del carácter personalísimo de la referida prestación accesoria cuando nos encontramos ante deudas pecuniarias o de dinero porque dicha obligación (tráigase a colación el art. 1158 del Código Civil) puede ser cumplida por cualquiera.

Sin embargo, en la doctrina no solo el carácter personalísimo (*intuitu personae*) ha sido el único que con carácter relevante se ha tomado en cuenta en relación con el principio de sucesión a título universal en los supuestos de modificaciones estructurales de las sociedades de capital.

En este sentido, PAZ-ARES y SÁEZ LACAVE⁹ hacen alusión a lo que con carácter más amplio denominan «quiebra de la confianza» como presupuesto que pudiera afectar a los contratos pendientes de ejecución en estas modificaciones estructurales, cuando razonan lo siguiente: «En efecto, al lado de los casos de desaparición de la base del negocio, hay otros supuestos en los que la fusión puede afectar a los contratos pendientes de ejecución, no en el sentido de modificar su contenido, sino en el sentido de que el cambio de parte sea relevante porque se trate de relaciones de confianza. El elemento de la confianza hemos de entenderlo en sentido amplio: está presente en los contratos concertados *intuitu personae*, pero también cuando ciertas características de la persona hubieran sido relevantes para entablar la relación —por ejemplo, la consideración de que la sociedad sucesora sea menos digna de crédito que su antecesora en relación con contratos préstamo o contratos de obra, etc.— El tratamiento de estos casos no debe ser la extinción de la relación en caso de fusión, como decía nuestra doctrina tradicional¹⁰, porque entran en la sucesión universal, ni la resolución de la relación por causa de la fusión, como parece sostener la doctrina más moderna, porque el simple hecho de la fusión no constituye un justo motivo de denuncia —tampoco cuando la relación es de carácter personal. La regla de la sucesión universal opera a la perfección, no discrimina por razón del *intuitu personae* de las relaciones que, por otra parte, no es en absoluto incompatible con el hecho de que sus partes sean personas jurídicas. Hay que advertir, además, que la fusión no comporta necesariamente la modificación de las circunstancias de las partes en atención a las cuales se concertó el contrato. El problema, por lo tanto, no está en la fusión, sino en la quiebra de la confianza, cualquiera que sea la causa que lo motiva».

Pues bien, en nuestro caso y a nuestro juicio, el mecanismo del derecho de oposición y el de la responsabilidad existentes entre la sociedad escindida y la beneficiaria de la escisión parcial supondrían un adecuado recurso protector de los intereses de la sociedad beneficiaria de las prestaciones accesorias sociales, sin que pudiera apreciarse por este motivo la existencia de una quiebra de confianza que supusiera una posible denuncia extraordinaria de las prestaciones accesorias analizadas.

Por otro lado, la segunda prestación accesorio convenida en el caso de autos, era «*la de promover los acuerdos necesarios para evitar las situaciones de quiebra, suspensión de pagos o entrada en causa de disolución obligatoria de la sociedad*»¹¹. De esta forma, podemos observar que la obligación que es objeto de la prestación accesorio, consiste en «*promover acuerdos necesarios*», es decir, en la emisión de un voto por parte del propietario de la participación social con dicha prestación accesorio, susceptible de ejecución específica¹².

Igualmente, consideramos que el contenido de dicha prestación accesorio (emisión de voto) tampoco goza de un contenido personalísimo ni, por tanto, *intuitu personae*, que pudiera justificar la inaplicación de la regla de la sucesión universal para la transmisión de la misma en el caso de la escisión parcial analizada por la sentencia, cuyo incumplimiento y debido al grado de determinabilidad exigido para la correcta configuración estatutario de la prestación accesorio podría dar lugar, en sede de ejecución, a la sustitución judicial de la voluntad rebelde del deudor en aplicación de lo previsto en el artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹³.

Por ello, no compartimos el análisis que realiza la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015 en cuanto a las referencias ejecutivas que efectúa en cuanto al contenido de las prestaciones accesorias tratadas,

cuando se pronuncia del siguiente tenor: «**SÉPTIMO.** Finalmente, indicar que no nos parece atendible la objeción que plantea EAN cuando argumenta que, en tanto que obligaciones de hacer, el contenido de las prestaciones accesorias objeto de este litigio no es de carácter patrimonial, circunstancia que imposibilitaría, en su sentir, el ejercicio del derecho de oposición regulado en el artículo 243 LSA. Y es que basta con examinar las modalidades de ejecución subsidiaria reguladas en los artículos 706 y 709 de la LEC para comprobar que las obligaciones de hacer son susceptibles, por definición, de traducción a su equivalencia pecuniaria. Que esa operación de traducción pueda resultar más compleja o exigir un mayor grado de esfuerzo o laboriosidad que si se tratase de una obligación directamente pecuniaria no nos permite afirmar que la evaluación cuantitativa resulte inviable».

En fin, una solución correcta la de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que sin embargo entendemos que podría haberse desarrollado (insistimos, si hubieran sido los términos del debate, en función de la congruencia procesal) también desde el tratamiento del carácter personalísimo o no de las prestaciones accesorias convenidas y por tanto de su transmisión o no pese a la predicada sucesión a título universal de la escisión parcial operada.

III. LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD Y LA SUCESIÓN A TÍTULO UNIVERSAL

Otro de los problemas que pueden extraerse de la lectura de la sentencia la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015 que tampoco fue objeto del litigio y que sin embargo es una cuestión discutida es el relativo a las restricciones a la libre transmisibilidad y su aplicación en los procesos de modificaciones estructurales donde opera la regla de la sucesión a título universal.

De hecho la sentencia de apelación se refiere a la cuestión de la siguiente forma (FJ 6.º): «*De ahí que la solución que en la presente resolución se adopta no guarde la menor relación con la solución que pueda merecer —cualquiera que esta sea— el problema relativo al modo de protección exigible en el seno de una modificación estructural para los derechos de preferente adquisición existentes en la sociedad cuyos títulos se transmiten. Porque en este último caso nos encontramos ante prerrogativas que otorgan preferencia pero que no configuran un derecho de crédito y que, a diferencia de lo que sucede —como con cualquier otro crédito— con el crédito derivado de la existencia de prestaciones accesorias, no han merecido en la normativa reguladora de las modificaciones estructurales una singular forma de protección, de tal suerte que esas prerrogativas quedarían irremediable y definitivamente frustradas si la transmisión que tiene lugar como culminación de la modificación estructural llegara efectivamente a operarse sin tomarlas en consideración. Se trata, por tal motivo, de una problemática enteramente diferente sobre la que no nos corresponde ocuparnos en el presente litigio.*».

Este problema ya fue tratado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 122474), Sección 28, que consideró aplicables las restricciones a la libre transmisibilidad pese a la existencia de una sucesión universal derivada de un proceso de escisión total, con la siguiente motivación:

«La interpretación restrictiva que se predica de este tipo de estipulaciones no significa que una operación de escisión (o de fusión) societaria deba estar expresamente citada en el tenor de la cláusula para que se entienda comprendida en ella. Bastará con

que los Estatutos sociales mencionen, como ocurre en el presente caso, que quedan sometidas a la limitación todas las transmisiones voluntarias inter vivos para que aquellas también se entiendan comprendidas en el ámbito de la cláusula limitativa. Esa es la forma de interpretar la cláusula, según lo establecido en los artículos 1281 y 1285 del Código Civil, de acuerdo con la intención plasmada en los Estatutos, al amparo del principio de autonomía de la voluntad, de convertir en cerrada (al condicionar la admisión de terceros) a una sociedad que, por diseño legal, sería abierta y de hacerlo en el sentido más adecuado para que pueda surtir efecto lo que convinieron los socios al fijar las reglas que deberían regular la sociedad (art. 9 del TR de la LSA).
(...)

La operación descrita en el primero de los hechos relatados merece ser calificada como una escisión total con traspaso del patrimonio social (art. 252 del TR de la LSA en relación con el art. 94 de la LSRL), dividido en cinco bloques, a otras tantas entidades beneficiarias (entre ellas la actora), que los absorbieron, lo que conllevó la extinción de la sociedad escindida.

Se trató, por tanto, de un negocio jurídico inter vivos y oneroso como consecuencia del cual se produjo la transmisión en bloque del patrimonio de la escindida a las entidades absorbentes existiendo como contraprestación un mecanismo de recepción de acciones (o participaciones) de las sociedades beneficiarias por parte de los accionistas de la escindida.

No cabe hablar, como se defendía en la demanda, de una suerte de transmisión análoga a la mortis causa, porque no hay tal analogía, ya que en esta última la extinción de la personalidad (por la muerte de la persona física) hubiese sido, por razones forzosas, la causa de la transmisión (de ahí que la propia ley —artículo 64 del TR de la LSA— y la cláusula estatutaria prevean un trato diferenciado para estas, junto con el de las adquisiciones impuestas en proceso judicial o administrativo) y, en cambio, en el caso de la escisión es la transmisión en bloque de su patrimonio, por motivos voluntarios (ya que es un efecto inherente a una operación societaria consentida), lo que acarrea la extinción de su personalidad jurídica.

Lo relevante es, por tanto, que haya existido una transmisión inter vivos de las acciones, aunque lo hubiese sido como parte de un bloque patrimonial inherente a una operación societaria de escisión. De ahí que la doctrina mercantil mayoritaria incluya los casos de fusión y escisión de sociedades en el ámbito objetivo de las cláusulas que limitan la transmisión inter vivos de acciones».

Sumamente interesante, resulta también el tratamiento de la cuestión que efectuó la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid de 13 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 125484), en relación con un supuesto en que la sociedad absorbente en una fusión comunicó a la sociedad cuyas participaciones sociales figuraban en el balance de la sociedad absorbida, su pretensión de convertirse en el nuevo socio en base a la sucesión a título universal, siéndole denegada dicha pretensión —lo que originó el litigio— en función de la aplicación de las restricciones a la libres transmisibilidad existentes en los estatutos sociales de la sociedad cuyas participaciones se pretendían transmitir como causa de la referida fusión.

Los argumentos de la demandante para reputar la inexistencia del derecho de adquisición preferente, fueron contestados y razonados por el Juzgado Mercantil, principalmente, de la siguiente forma:

«Se utiliza, por influencia de la doctrina francesa e italiana, el argumento conforme al cual la transmisión “en bloque” (terminología empleada por el art. 233

LSA) que se opera por virtud de la fusión haría que el objeto de la transmisión fuera la generalidad de un patrimonio pero no los elementos concretos integrantes del mismo, por lo que —se razona—, no constituyendo dicho objeto las acciones integradas en ese patrimonio, difícilmente podría activarse la cláusula de restricción a su libre transmisión. Este planteamiento, que entre nosotros mantiene en solitario el Profesor TARRAGONA COROMINAS, tampoco resulta aceptable: nuestro derecho no conoce ni disciplina la transmisión de globalidades sino solo la de individualidades patrimoniales por más que en ocasiones se contemplen operaciones de esa naturaleza para establecer alguna regla de carácter tangencial (vrg., venta alzada o «en globo» de conjuntos patrimoniales del art. 1532 del Código Civil, a los específicos efectos de establecer una regla particular relativa al saneamiento). Con razón replica la parte demandada que la expresión «en bloque» hace referencia únicamente al procedimiento de la transmisión pero no a su objeto. Por otro lado, la idea de que la transmisión «en bloque» que se opera a través de la fusión constituye un efecto legal ajeno a la voluntad de los interesados constituye un planteamiento simplificado del problema: si uno de los efectos de toda fusión —y acaso el principal— consiste en esa transmisión patrimonial “en bloque”, difícilmente cabrá sostener que se trata de un efecto colateral no querido por parte de quienes han decidido poner en marcha el proceso de fusión, y, aún cuando así fuera, no cabe duda de que, cuando menos, se trataría de un efecto “asumido”, siendo como es toda asunción una particular forma de manifestación de la voluntad».

(...)

«Se invoca el artículo 123-3 del Reglamento del Registro Mercantil a cuyo tenor “...Cuando se reconozca un derecho de adquisición preferente en favor de todos los accionistas, de los pertenecientes a una clase, de la propia sociedad o de un tercero, se expresarán de forma precisa las transmisiones en las que existe la preferencia...”. Y se indica que la falta de mención expresa de las hipótesis de fusión societaria entre las que dan lugar a la aplicación de la cláusula restrictiva constituye un “silencio elocuente” denotativo, a juicio de la actora, de que no se quiso incluir ese supuesto dentro de su ámbito. Pero el argumento no resulta convincente. Es sabido que la “precisión” (característica exigida por el art. 123-3 RRM) se logra mucho más eficazmente a través de una definición conceptual atinada, capaz de albergar en su seno cuantos supuestos de la vida real reúnan las características deseadas por el definidor, que a través de un inseguro casuismo ordinariamente incapaz de agotar todas y cada una de las hipótesis posibles a las que se quiere anudar una determinada consecuencia jurídica. Si la cláusula restrictiva objeto de estudio delimita su ámbito de manera conceptual en relación con aquellas transmisiones «inter vivos» que tengan como destinatario a una persona física o jurídica no socio, y si, por otro lado, la transmisión que tiene lugar a través de una fusión por absorción reúne efectivamente dichas características, entonces la falta de mención explícita de la fusión representa, en efecto, un «silencio elocuente», pero, al contrario de lo que se nos propone, su elocuencia nos habla, no de que esa hipótesis no quiso ser incluida, sino mas bien de que no quiso ser excluida. Pues, si por definición toda especie encaja dentro de su género, la mención expresa de dicha especie solo resultará intelectualmente precisa para apartarla del género y nunca para obtener una inclusión en él que ya se producía de modo natural por su adecuación a las notas abstractas definitorias del mismo. De hecho, cuando el artículo 8 de los estatutos acude al sistema enunciativo o casuístico refiriéndose a particulares hipótesis de transmisión consumada (adquisiciones por persona no socio como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, casos de transmisión mortis causa, de adjudicación en caso de disolución de comunidad y de donación),

no es para complementar la definición general —contenida en su encabezamiento— a la que ha de aplicarse la cláusula restrictiva, sino más bien para enumerar hipótesis específicas en las que, por resultar inoperante un derecho de adquisición preferente “preadquisitivo” al tratarse de casos de transmisión consumada, se quiso contemplar una singular fórmula de retracto que hiciera posible el ejercicio de aquel derecho con carácter “postadquisitivo”. Por lo tanto, de esa enumeración podremos extraer, a lo sumo, la conclusión de que, por encontrarse ausentes de ella, las transmisiones de acciones consecutivas a operaciones de fusión no quedaron sometidas a esa específica disciplina (retracto sui generis), pero en modo alguno cabe colegir que ese silencio las haya apartado también del régimen general de preferencia “preadquisitiva” al que la propia norma estatutaria denomina derecho de “tanteo”.

3. Sobre la base de establecer cierta analogía entre las adjudicaciones de acciones a los socios (que tienen lugar en el reparto característico de los procesos de liquidación societaria) con las transmisiones que se producen como consecuencia de una fusión por absorción, la actora invoca el artículo 123-8 del Reglamento del Registro Mercantil a cuyo tenor «...Las adquisiciones de acciones que tengan lugar como consecuencia de las adjudicaciones efectuadas a los socios en la liquidación de la sociedad titular de aquellas, se sujetará al régimen estatutario previsto para la transmisión mortis causa de dichas acciones...». Y, establecida esa analogía, invoca a continuación el artículo 64-1 de la LSA («...Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones solo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos...») para concluir que, si la fusión es asimilable a la liquidación y si esta es asimilable a la sucesión mortis causa, la ausencia de mención expresa a la fusión en el artículo 8 de los estatutos haría inaplicable la cláusula restrictiva a las hipótesis de fusión por directa aplicación del mencionado artículo 64-1. Pero se trata, a juicio de quien provee, de un razonamiento en exceso alambicado que se ve precisado de acudir, de manera un tanto artificiosa, a un doble salto analógico. Argumento respecto del cual deben efectuarse, en todo caso, tres clases de consideraciones:

Es dudoso que el sometimiento al régimen de las transmisiones mortis causa que efectúa el artículo 123-8 RRM constituya una hipótesis de efectiva analogía ex artículo 4 del Código Civil, especialmente si se tiene en cuenta la proyección esencialmente registral de este precepto reglamentario. Por otro lado, resulta evidente que si el legislador reglamentario se ve en la necesidad de imponer la “sujeción” de la transmisión al régimen de las transmisiones mortis causa, ello obedece a la consideración de que dicha asimilación no podría obtenerse de modo natural —dada la radical diversidad de los supuestos— acudiendo a la analogía con arreglo a los criterios que emanan del artículo 4 del Código Civil.

Tampoco se aprecia la identidad de razón exigida por el artículo 4 del Código Civil entre la disolución de la sociedad titular de las acciones vinculadas y su absorción por parte de otra sociedad, salvo acaso en los supuestos en que la disolución tiene lugar por acuerdo de los socios, toda vez que la fusión es el resultado de una decisión voluntaria y espontánea en tanto que la disolución, a excepción del expresado supuesto, viene declarada —o impuesta como obligación— por la ley cuando se producen las circunstancias que la misma contempla.

En todo caso, si se recurre a la analogía entre la transmisión de derechos que tiene lugar en la fusión y la que se produce en las adquisiciones mortis causa, ese argumento habrá de asumirse hasta sus últimas consecuencias, pues lo cierto es que la cláusula restrictiva del artículo 8 de los estatutos no solamente no olvidó mencionar las hipótesis de transmisión mortis causa sino que las incluyó expresamente y, además, lo hizo exactamente en la misma forma en que para tales supuestos lo

establece el artículo 64-1 LSA. En efecto, consciente de que el automatismo propio de la sucesión hereditaria (según el art. 657 del Código Civil «...Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte...») hace inviable un sistema de adquisición preferente “preadquisitivo” o de “tanteo”, el legislador, después de proclamar el principio que exige mención expresa para que las adquisiciones “mortis causa” queden sometidas a una cláusula restrictiva, nos indica que «...En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción ...». Pues bien, ya vimos anteriormente que, siguiendo ése mismo criterio de contemplación explícita y de adecuación a un sistema de preferencia obligadamente «posadquisitivo», la cláusula controvertida establece que «...Cuando la adquisición de acciones por una persona no socio se haya producido como consecuencia de... transmisión mortis causa... de acciones a favor de persona no socio, se aplicará igual restricción y con las mismas excepciones, computándose los plazos desde que el adquirente comunique su adquisición al órgano de administración de la sociedad. Sin embargo, para que la sociedad pueda rechazar la inscripción en el libro-registro de acciones nominativas, deberá presentar al peticionario un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor real en el momento en que solicitó la inscripción, entendiéndose por tal el que determine el auditor de la sociedad...». Bien es cierto que esa preferencia “postadquisitiva” cede en los supuestos previamente exceptuados, pero no lo es menos que las excepciones por razón de parentesco sean parientes en línea recta (ascendientes y descendientes) así como al cónyuge. Excepciones que resultarían por completo inaplicables al supuesto examinado si se tiene en cuenta que, en dicho trance, lo que desde luego ya no parecería tolerable sería la realización de un tercer salto analógico por cuya virtud se pudiera establecer algún tipo de asimilación entre el parentesco por consanguinidad o afinidad, por un lado, y el tipo de relación existente entre DAMOL, S.A. (entidad carente como tal de substrato personal físico y cuyo único socio era ARTAFEL, S.L.) y los miembros de una determinada familia que a su vez puedan encontrarse integrados en calidad de socios —bien directamente, bien indirectamente a través de otras sociedades— en la mencionada ARTAFEL, S.L. De ahí que el recurso a la analogía, lejos de representar un argumento capaz de apoyar las tesis de la parte actora, parezca más bien un planteamiento idóneo para articular la defensa de demandada frente a sus pretensiones (en particular, frente a la pretensión anulatoria de los acuerdos de su Consejo de Administración).

Es decir, el Juzgado mercantil en la sentencia referida reconoció la existencia de un derecho de adquisición preferente “preadquisitivo” (explícitamente denominado derecho de tanteo) pero no una preferencia “postadquisitiva” o derecho de retracto, ya que los estatutos no recogían dicho derecho de retracto¹⁴.

En términos análogos, se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) de 20 de noviembre de 2012 (*JUR* 2013, 121160), cuando razona lo siguiente:

«En segundo lugar, porque dicha solución es contradictoria con el expreso reconocimiento de la ilegalidad de la transmisión; una cosa es que los requisitos del proceso de modificación estructural se hayan cumplido, y otra bien distinta es que uno de los partícipes en el proceso de fusión —en este caso la sociedad absor-

vida— haya contravenido una cláusula estatutaria directamente reconocida por la ley —123 LSC (RCL 2010, 1792 y 2400) y 63 LSA (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206)— de una de la sociedad de la que es socio importante».

En nuestra doctrina, PERDICES¹⁵ ya se pronunció del siguiente tenor sobre esta problemática: «Supuesta la necesidad de hacer actuar las cláusulas restrictivas en esta sede, queda aún determinar la forma en que lo habrán de hacer. La operatividad de la restricción se debe buscar, como ya se ha adelantado, en supuestos transmisivos análogos. Si eso es así, será en las transmisiones forzosas o involuntarias — por causa de muerte y en las derivadas de ejecución forzosa —donde se encontrará una ratio similar. En efecto, si se considera el trasfondo económico de la operación, se comprueba que, en la generalidad de los casos, la *transmisión de participaciones vinculadas en el seno del patrimonio de la fusionada o de la escindida no es voluntaria*. Lo que quieren las sociedades implicadas es la fusión o la escisión, y con ese fin se transmite el entero patrimonio, o la unidad económica en su caso (art. 253 LSA), donde resultan encontrarse esas acciones o participaciones vinculadas. Es más, aunque el patrimonio de la sociedad absorbida lo constituyese exclusivamente las acciones o participaciones en otras sociedades — por ejemplo, mineras—, y la fusión se realizase para su adquisición, la transmisión aún se podría calificar de involuntaria en la medida que el objeto es la totalidad y no unas acciones o participaciones vinculadas concretas (*ventas en globo*, v. *supra* 11 I). No es difícil ver, en consecuencia, que, en la generalidad de los casos, esa transmisión de unas concretas acciones o participaciones vinculadas no se puede calificar de voluntaria, ya que no se persigue de propósito sino que es inevitable u obligada para lograr el efecto diverso y deseado: la fusión o la escisión. En consecuencia, parece lógico aplicar las reglas que la Ley prevé, en general, para los supuestos de transmisiones involuntarias. La fusionada desaparece —como el causante en la sucesión por causa de muerte—, con lo que será materialmente imposible excluir estos bienes de la fusión; eso lleva a interpretar las restricciones estatutarias en el sentido de un derecho de rescate a favor de la sociedad emisora. No obstante, a diferencia de la muerte de la persona física, estas operaciones de fusión o escisión no producen *uno actu*, sino que suponen un proceso que se prolonga en el tiempo; de ahí que la lógica de las cosas y la buena fe obliguen a la sociedad que va a ser absorbida a anticipar ese rescate y ofrecer, en las condiciones que el mismo habría de proceder, esas acciones o participaciones al beneficiario de la restricción. Eso supone que la sociedad objeto de fusión o de escisión deberá ofertar de forma cautelara a la sociedad emisora las participaciones de la misma que tenga en su patrimonio, y, si no lo hace, la sociedad emisora o en general los beneficiarios de la restricción, si bien no podrán oponerse a la operación, tendrán la facultad de rescatar las participaciones de la sociedad absorbente o que resulte de la fusión.

Por lo demás, y a pesar de la similitud con los casos de transmisión forzosa, no parece exigible la constancia expresa de este supuesto, bastando con que sea reconducible al espíritu y finalidad de la restricción. En cuanto al interés de las sociedades interesadas en la fusión, sería conveniente establecer una condición suspensiva del acuerdo de fusión si la presencia de las participaciones vinculadas fue elemento determinante de la voluntad de fusionarse o escindirse».

Pues bien, en nuestra opinión y coincidiendo con el referido parecer doctrinal en su argumentación, nos encontramos —pese a lo controvertido de la cuestión— ante auténticas transmisiones forzosas ya que la contraposición que realiza a la Ley de Sociedades de Capital a las anteriores, o sea, a la transmisión

voluntarias *inter vivos* lo es para su oposición a las transmisiones forzosas, es decir, a las que derivan de resolución judicial o administrativa¹⁶, aunque el hecho de que se haya configurado jurisprudencialmente como un supuesto de transmisión voluntaria *inter vivos* a los efectos de aplicar el derecho de tanteo pero no el de retracto, hace que sea altamente recomendable en la práctica incluir una cláusula estatutaria que prevea la restricción a la libre transmisibilidad en casos de modificaciones estructurales, detallando a las que resulte de aplicación con la configuración del correspondiente retracto, con el objeto de evitar no solo las disputas doctrinales existentes al respecto, sino la controversia que pudiera llevar a una contienda judicial acerca de si efectivamente solo hay en juego un derecho de tanteo o también uno de retracto.

Para dicha configuración estatutaria, no obstante, hay que tener presente que en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011 (*JUR* 2001, 76357), de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. Francisco MARÍN CASTÁN, se retoma el debate sobre la visión institucionalista o contractualista del tipo social de la sociedad anónima, negando para la misma una cláusula de restricción a la libre transmisibilidad para estos casos de adquisiciones indirectas.

Aunque mejor que retomarse dicha cuestión, consideramos que lo producido con dicho fallo judicial es la toma de postura por nuestro más Alto Tribunal a favor del carácter institucional y corporativo de la sociedad anónima, en detrimento de la mayor consideración que ha de merecer —en nuestra opinión—, el principio de la autonomía de la voluntad, también por qué no, en nuestro Derecho de Sociedades.

El caso resuelto por esta sentencia versa sobre una cláusula introducida en los estatutos sociales de una sociedad anónima, donde se preveía un derecho de rescate a favor de los accionistas en los supuestos en que varíe la composición accionarial de los mismos, es decir, cuando se produzca una adquisición indirecta de las acciones de la sociedad que estatutariamente intentaba prever dicho derecho de rescate^{17, 18}.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA REAL. Prestaciones Accesorias. *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación* (coord.) por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill, vol. 4, 2005 (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar: <http://almacenederecho.org/36868-2/>).
- ÁLVAREZ ROYO VILLANOVA. <http://almacenederecho.org/las-limitaciones-a-la-transmision-de-acciones-y-participaciones-en-el-caso-de-modificaciones-estructurales/>.
- GARCÍA-VILLARUBIA. *Boletín Mercantil*, núm. 31, El Derecho, 2010.
- GONZÁLEZ MENESES. La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil. *El notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2010, núm. 30, Academia Matritense del Notariado.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ. Cláusulas restrictivas de la transmisión de las acciones y fusión de la sociedad: consideración general. *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá* (coord.) por María Victoria Petit Lavall; Vicente Cuñat Edo (dir.), José Massaguer Fuentes (dir.), Francisco José Alonso Espinosa (dir.), Esperanza Gallego Sánchez (dir.), 2013.

- PAZ-ARES y SÁEZ LACAWE. Los contratos pendientes de ejecución en la fusión. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 243, 2002.
- PAZ-ARES. El *enforcement* de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica*, Uría & Menéndez, núm. 5. 2003.
- PERDICES HUETOS. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas, 1997.
- REDONDO TRIGO. Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 87, núm. 726, 2011.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2011.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de febrero de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de octubre de 2015.
- Sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 2 de Madrid de 13 de abril de 2007.
- Sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 3 de Vigo (Provincia de Pontevedra) de 20 noviembre 2012.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2012.

NOTAS

¹ Resulta interesante, la crítica que hiciera en su día GONZÁLEZ MENESES a la regulación del derecho de oposición de acreedores en la Ley de Modificaciones Estructurales, cuando se expresaba del siguiente modo: «No obstante, la protección derivada del derecho de oposición presenta importantes debilidades: no protege a todos los acreedores, en particular, deja fuera a los que tienen sus créditos ya vencidos; y, sobre todo, su eficacia presupone que el acreedor consigue enterarse de la operación proyectada y reaccionar dentro del brevísimo plazo con que cuenta para ello. ¿Y qué es lo que hace la nueva ley respecto de este derecho de oposición, en este contexto tan delicado en que ahora mismo nos encontramos? Pues no precisamente fortalecer este derecho, sino debilitarlo, pues eso es lo que supone reducir de la forma tan radical como lo hace esta ley los requisitos de publicidad que deben rodear los acuerdos de fusión o escisión. Y es que cuando uno piensa solo en términos de eficiencia económica a corto plazo, cae rápidamente en la cuenta de que un anuncio cuesta menos que tres, pero quizá no repare en los intereses de tipo general que pueden verse afectados por la posibilidad de tramitar estos procedimientos de forma casi clandestina».

Igualmente, dicho autor analiza con carácter crítico el régimen de responsabilidad solidaria de las sociedades beneficiarias de la escisión, cuando razona que: «Pues bien, en relación con esta responsabilidad solidaria por las deudas atribuidas a la sociedad o sociedades beneficiarias de una escisión, tengo que decir que la misma presenta ciertas pegas o trampas:

En primer lugar, esta responsabilidad, en cuanto afecta a la propia sociedad escindida cuando esta subsiste en los casos de escisión parcial, es cuantitativamente ilimitada; sin embargo, en la medida en que afecta a cada una de las restantes sociedades beneficiarias —en el caso de pluralidad de sociedades beneficiarias—, tiene un límite cuantitativo: el importe del activo neto —fjense bien: el “neto” — recibido por cada una de ellas (art. 80 ley 3/2009).

Pero, sobre todo, la ley establece y establece ahora en el artículo 80 de esta nueva ley esta responsabilidad solidaria de todas las sociedades beneficiarias de la escisión y de la propia sociedad escindida si sigue existiendo por todas aquellas deudas atribuidas a alguna de las sociedades beneficiarias de la escisión. Sin embargo, lo que la ley no hacía ni hace,

por lo menos en su literalidad, es establecer esa misma responsabilidad de la sociedad o sociedades beneficiarias por... las deudas que conserva la sociedad escindida o matriz en el caso de escisión parcial».

GONZÁLEZ MENESES. La Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y el retroceso del derecho civil. *El notario del siglo XXI*, marzo-abril de 2010, núm. 30, Academia Matritense del Notariado.

² ALFARO ÁGUILA-REAL. <http://almacendederecho.org/36868-2/>

³ GARCÍA-VILLARUBIA. *Boletín Mercantil*, núm. 31, El Derecho, 2010.

⁴ En palabras de GONZÁLEZ MENESES (*vid., op. cit.*): «Pues bien, lo que ha sucedido es que esta noción de sucesión universal que pertenece al *sancta sanctorum* conceptual del derecho civil, ha sido tomada en préstamo por los mercantilistas para definir la eficacia de algunas de las operaciones societarias que ahora la ley llama “modificaciones estructurales”. Y si en un primer momento el uso que se hacía de este concepto prestado era un tanto timorato, hace tiempo que el legislador mercantil se ha ido familiarizando con el mismo, ha ido ganando confianza, y lo trata como algo propio, y en esta última ley ya con auténtico desparpajo (...).

Hace mucho tiempo que el derecho de sociedades, en especial el derecho de sociedades de capital, no tiene mucho que ver con el fundamento y justificación histórica y valorativa del derecho de sociedades. Hace tiempo que se ha convertido en una técnica formal o instrumental para aislar masas patrimoniales a efectos de responsabilidad y sobre todo para crear puntos de imputación fiscal de activos y rentas en aquel lugar donde fiscalmente resulte más conveniente, y ello completamente al margen de cualquier idea de colaboración intersubjetiva (...).

Si no fuera porque ese derecho civil o común que vamos entre todos poco a poco dejando de lado no es otra cosa que el derecho de las personas, no el de esas máquinas que son las personas jurídicas o ficticias, sino el de las personas de verdad, las de carne y hueso, que son las que acaban sufriendo —como estamos ahora experimentando amargamente— las consecuencias negativas de tanta ingeniería jurídica practicada por unos que al final terminan siendo tan solo unos aprendices de brujo».

⁵ PERDICES HUETOS. *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*. Civitas, 1997, p. 99.

⁶ «La naturaleza jurídica de las prestaciones accesorias es discutida pero a nuestro juicio se trata de obligaciones sociales, esto es, que forman parte del contenido obligatorio del contrato de sociedad que no se diferencian conceptualmente de las aportaciones (en sentido amplio) dado que la prestación accesoria se realiza en aras del fin común pero que al constituir a menudo su contenido el típico de un contrato sinalagmático, requieren una regulación más compleja que la que proporciona la regulación societaria de las aportaciones. (...) En consecuencia, cuando son prestaciones accesorias remuneradas o tienen carácter de tracto sucesivo, la posición del socio es la de contraparte de la sociedad con los derechos y obligaciones que le correspondan de acuerdo con la regulación aplicable al contrato de que se trate (compraventa, licencia, contrato de trabajo, arrendamiento de servicios...). Ahora bien, en la aplicación de las normas del contrato obligatorio de que se trate, habrá de tenerse en cuenta, no obstante, que se ha celebrado entre partes vinculadas y como consecuencia del carácter de socio del obligado a la prestación lo que tiene, como principal consecuencia, una intensificación de los deberes de buena fe en la ejecución e integración de dicho contrato, que se refleja, fundamentalmente, en las posibilidades de terminación unilateral del contrato por parte del socio y, en general, en la obligación para el socio de tener en cuenta los efectos que el ejercicio de sus derechos en relación con dicho contrato pueda tener sobre la relación societaria. Si la obligación de realizar la prestación accesoria desaparece (por modificación estatutaria o por transmisión de las participaciones a las que estaba vinculada), el socio obligado contractualmente podrá resolver o denunciar el contrato y la sociedad en el caso de que haya dejado de ser socio».

ALFARO ÁGUILA-REAL. *Prestaciones Accesorias El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos: Constitución. Gestión. Responsabilidad, Continuidad y Tributación*, (coord.) por Martín Garrido Melero, Josep María Fugardo Estivill, vol. 4, 2005 (Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar), pp. 433-480.

⁷ En este sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de junio de 2012 (BOE 26 de julio de 2012) se ha pronunciado al razonar lo siguiente: «Es cierto —y así lo ha reconocido este Centro Directivo (véase resoluciones citadas en los Vistos)— que el artículo 86 de la Ley de Sociedades de Capital, tras permitir que en los estatutos se establezcan, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, configurándolas así como obligaciones de naturaleza societaria y carácter estatutario, exige que consten en los propios estatutos los rasgos básicos de las mismas, y, en primer lugar, que se exprese su «contenido concreto y determinado».

De ello se deduce la necesidad de un especial rigor en la determinación de ese contenido, del que son elementos esenciales el tiempo y cuantía de las prestaciones a realizar. Y si bien no debe excluirse la posibilidad de establecer una prestación de contenido determinable, será necesario que se establezcan las bases o criterios que permitan hacerlo de suerte que otorguen la debida claridad y seguridad a las relaciones entre los interesados. Tal exigencia viene corroborada por el hecho de que las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son obligaciones fruto de una relación jurídica entre partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez. Y al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué puede ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación. Ciertamente que en esta misma norma se permite una indeterminación en la cuantía, pero siempre y cuando sea posible determinarla en su momento sin necesidad de nuevo convenio entre las partes. Con ello, resulta admisible no solo una absoluta y total concreción o determinación inicial, sino una determinación primaria o mediata, pero en este último caso se requiere que estén ya establecidos o señalados los criterios con arreglo a los cuales tal determinación deberá producirse, criterios que de igual suerte que excluyan la necesidad de nuevo convenio entre las partes, con mayor razón impidan que esa determinación quede al arbitrio de una de ellas.

3. Sin embargo, cumplido el requisito de que el contenido de la prestación accesoria sea concreto y determinado, las que suponen aportaciones suplementarias de dinero pueden resultar útiles cuando la sociedad se encuentre en pérdidas, o más ampliamente cuando tenga necesidades de tesorería, bien por encontrarse en una situación transitoria de insuficiencia, bien para acometer nuevas inversiones. Esto por lo demás, suele ser muy frecuente en sociedades limitadas de carácter cerrado, que nacen con un capital reducido, en muchos casos el mínimo legal exigido, y cuya financiación se logra, no acudiendo al mercado crediticio, sino a los propios socios realizando aportaciones según las necesidades financieras, quedando vinculados mediante el establecimiento de una prestación accesoria dineraria, evitando, con ello, que llegado el caso de necesidad pueda alguno de los socios renegar de él».

⁸ ÁLFARO (*Prestaciones...* se refiere en lo que ahora atañe a las aportaciones suplementarias en cuanto a su ubicación contractual del siguiente modo: «El régimen jurídico de semejante obligación debe extraerse, nuevamente, de las reglas aplicables al préstamo».

⁹ PAZ-ARES y SÁEZ LACAVE. Los contratos pendientes de ejecución en la fusión. *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 243, 2002, pp. 63 y 64.

Estos autores, en relación con las relaciones crediticias, con acierto razonan que: «Nótese que el derecho de sociedades protege frente al empeoramiento de la solvencia del deudor — el derecho de oposición es ilustrativo a este respecto—. De ahí que la denuncia solo esté justificada cuando tales instrumentos no basten» (*vid., op. cit.*, nota 44, p. 63). El tipo de la denuncia para estos autores que se produciría como consecuencia la quiebra de la confianza que resultare de la modificación estructural es un hecho «...encuadrable dentro de la doctrina general de la denuncia extraordinaria» (*vid., op. cit.*, nota 44, p. 65).

¹⁰ PAZ-ARES y SÁEZ LACAVE se hacen eco (*vid., op. cit.*, nota 45, p. 64) de que: «La doctrina tradicional ha mantenido que las relaciones intuitu personae quedan excluidas de la sucesión universal tanto en la herencia como en la fusión, *vid.*, M. DE LA CÁMARA. *Estudios de derecho mercantil*, II, Madrid, 1978, pp. 445-447; GARRIGUES/URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, II, Madrid, 1976, p. 479. La doctrina moderna se inclina por resolver la relación a causa del cambio de la parte, *vid.*, F. VICENT CHULIÁ,

Compendio, I-2, pp. 863-864; CERDÁ, *La escisión*, pp. 378-379; BELLIDO MENGUAL, en *Homenaje en memoria de J. Lanzas y de L. Selva*, I, pp. 416-417. Ambas soluciones se basan en un planteamiento erróneo: las reglas de la sucesión *mortis causa* no pueden trasladarse mecánicamente a la sucesión inter vivos típica del derecho de sociedades, *vid.*, HENNRICHS, *Formwechsel*, pp. 87-90; GRUNEWALD, *Komm UmmwG*, 20, p. 279».

¹¹ En relación con la posibilidad de que determinados acuerdos sociales puedan ser objeto de prestaciones accesorias, *vid.*, ALFARO *Prestaciones...*, quien expone lo siguiente: «Se discute si cabe la prestación accesorias de comprometerse a suscribir un aumento de capital. La doctrina mayoritaria lo niega sobre la base del carácter accesorio de la prestación accesorias: «la aportación, objeto de la obligación esencial del accionista, no puede ser accesorias de otra previa aportación», pero parece un argumento formal puesto que si de lo que se trata es de comprometerse a participar en el aumento del capital, el socio obligado es ya socio de modo que la aportación, en virtud de la cual es socio, es distinta de la aportación que constituye el objeto del aumento de capital y no puede existir sin la primera, es decir, nadie puede obligarse estatutariamente a participar en un aumento de capital si no es ya socio por lo que el carácter accesorio de esta obligación respecto de la condición de socio se respeta plenamente».

¹² Sobre la ejecución específica de las obligaciones de voto, *vid.*, PAZ-ARES. «El enforcement de los pactos parasociales» *Actualidad Jurídica, Uribe & Menéndez*, núm. 5, 2003, recoge la cuestión así: «La cuestión no tiene duda en el derecho anglosajón, y ello aunque el common law desconoce —como es sabido— la *specific performance*. La ejecución *in natura* de los pactos parasociales se ha reconocido como un *equity remedy* (véase, para Inglaterra, *Russell v. Northern Bank Development Corporation* [1992], 1 *W.L.R.* 588 (*H.L.*), *apud* Büssemaker, *Stimmbindungsverträge*, p. 261 y, para Estados Unidos (en la vieja jurisprudencia, pues en la actualidad el tema está resuelto legislativamente) Note, «Specific Enforcement of Shareholder Voting Agreements», *Un. Chi. L. Rev.* 15 (1948), pp. 738 y sigs. En Alemania, a raíz de dos célebres sentencias del BGH, se ha ido generalizando también una tesis favorable a la ejecución específica (véase, por todos, K. SCHMIDT, en *Scholz GmbH-Kommentar*, vol. II, 8.^a ed., Köln, 1955, S 47, 55 y sigs., pp. 2126-2128). En Francia parece que igualmente va consolidándose la doctrina afirmativa, aunque es cierto que con mayores resistencias y algunas limitaciones (véase la tesis que ofrece BÜSSEMAKER, *Stimmbindungsverträge*, pp. 241 y sigs.). Solamente en Italia —como anticipábamos en la nota 13— se advierten dificultades. En nuestra doctrina el tema no ha merecido especial atención, pero los pocos autores que se han ocupado de él abogan igualmente por una solución afirmativa; véase, por ej., F. VICENT-CHULIÁ, «Licitud, eficacia y organización de los sindicatos de voto» en *Estudios homenaje a J. Girón*, Madrid, 1991, p. 1212; A. PÉREZ MORIONES, *Sindicatos de voto para la junta general de la sociedad anónima*, Valencia, 1996, pp. 468 y sigs.; véase también la sentencia del TS de 27 de febrero de 1973 (art. 1848)».

¹³ En este sentido, PAZ-ARES (El *enforcement...*), analiza correctamente en el seno de la ejecución de los pactos parasociales que: Hay que tener en cuenta en este sentido que la demanda puede dirigirse a forzar al deudor a: (i) votar en un sentido determinado; (ii) votar en un sentido determinable (por ejemplo, de conformidad con la propuesta acordada por el sindicato de voto o según las instrucciones que a tal efecto le imparta el acreedor); o (iii) a no votar en un sentido determinado o abstenerse de votar. En función de ello, consideramos que habrá que elegir la técnica de ejecución forzosa. En el primer caso, deberá recurrirse a la sustitución forzosa de la voluntad del deudor; de conformidad con lo previsto en el artículo 894 [708] LEC; en el segundo caso, habrá de preferirse la técnica de la intimidación bajo la amenaza de penas coercitivas prevista en el artículo 709 LEC (no parece que pueda recurrirse a la sustitución forzosa, puesto que no estando prefijado el sentido del voto, no puede haber una pretensión a una determinada declaración de voto) y, en el tercero, lo indicado es valerse de la técnica general para la ejecución forzosa de las obligaciones de no hacer (art. 711 LEC)». En relación con el segundo caso matiza PAZ-ARES (*vid.*, El *enforcement...* nota 24) que: «Aunque es cierto que no se trata de un hacer personalísimo, pues esta es una calificación que ha de efectuarse en función del interés del acreedor (en esto lleva razón PÉREZ MORIONES), no tiene sentido recurrir a la técnica del hacer no personal (encargo a un tercero), puesto que la prestación no es un *facere*, sino un *volere*».

¹⁴ La sentencia citada del Juzgado mercantil núm. 2 de Madrid de 13 de abril de 2007, niega la existencia del retracto, sobre la base de lo siguiente: «4. Sobre la imposibilidad de reconocer un derecho de retracto no especialmente contemplado en los estatutos, nos dice la STS de 6 de marzo de 1998 (Ponente Sr. Martínez Calcerrada) que "...cuando los demandados dirigen la carta a la actora ...no le están anunciando su propósito de transmitir porque ya han transmitido al ser perfecto y conforme a los requisitos legales el contrato de 10 de abril de 1991, de tal modo, que los demandados citados al efectuar la transmisión contenida en el contrato de 10 de abril de 1991, lo hicieron transgrediendo lo dispuesto en el artículo 8 de los estatutos según el cual, debieron antes de vender cumplir todos los trámites recogidos en ese precepto estatutario", por lo cual, la consecuencia de tal incumplimiento, es la nulidad frente a la sociedad del acto dispositivo realizado infringiendo la cláusula de adquisición preferente...; otros dos pronunciamientos no pueden acogerse, por cuanto están concediendo a favor de la actora un derecho de retracto que no está contemplado en el artículo 8 de los Estatutos Sociales pues no olvidemos que el derecho de retracto es aquel, por el que se autoriza a una persona a subrogarse en lugar del comprador...». Más recientemente la STS de 14 de marzo de 2005 (Ponente Sr. González Poveda) nos indica lo siguiente: «...Se dice en la fundamentación del motivo que: "Tenemos pues que los estatutos sociales, en su artículo 7.º, establecen un derecho de adquisición preferente, el cual y a través del artículo 123,3 del R.º del R.º Mercantil otorga, por vía del artículo 1521 del Código Civil, un derecho de retracto legal a los socios que vieran burlada su intención de comprar...". Tal razonamiento pone de manifiesto la falta total de fundamento jurídico del motivo. Ni el artículo 7.º de los estatutos sociales establece derecho de retracto alguno a favor de los socios, lo establecido es un derecho de adquisición preferente o "preemptio", y menos aun puede nacer un retracto legal del artículo 123.3 del Reglamento del Registro Mercantil que ninguna relación guarda con el artículo 1521 del Código Civil...». Y la Sentencia de la AP Madrid (Sección 14.ª) de 29 de abril de 2002, con abundante cita jurisprudencial, reitera la misma idea del siguiente modo: «...La transgresión o vulneración de la norma estatutaria restrictiva de la transmisibilidad de acciones lleva consigo... la nulidad o ineficacia de la enajenación antiestatutaria (STS de 25 de octubre de 1999), nulidad o ineficacia que se predica, precisamente, frente a la sociedad (STS de 6 de marzo de 1998), y frente a los accionistas beneficiarios, pues lo que el artículo 8 de los Estatutos contempla, al limitar la libre transmisibilidad de las acciones, es un derecho de adquisición preferente (tanteo) a favor de los accionistas, la "praemptio" a que alude la última sentencia invocada, no un derecho de retracto. Si la sociedad no ha reaccionado frente a la transmisión antiestatutaria, llegando a reconocer a los adquirentes su condición de socios y a inscribir en el Libro de Registro de acciones nominativas a favor de los terceros adquirentes las acciones transmitidas con vulneración de la norma estatutaria, podría debatirse la responsabilidad del administrador e incluso, la legitimación de los socios, cuyo derecho de adquisición preferente se ha impedido para instar la nulidad o ineficacia de la enajenación, pero no por ello se subsana la nulidad o ineficacia de que adolece la transmisión que incumple la comunicación estatutariamente prevista al órgano de administración de la intención de transmitir, para que a su vez lo comunique a los socios a fin de que puedan ejercitar el derecho de tanteo en el plazo estipulado, de modo que no puede aceptarse la alegación de la actora apelante de que la transmisión es válida con el fin de transformar el derecho de tanteo cuyo ejercicio se ha impedido en un derecho de retracto, y la nulidad o ineficacia, que sería su consecuencia necesaria, no puede dar lugar a un derecho de retracto a favor de los socios, pues dicho derecho de retracto no está contemplado en la norma estatutaria y nula e ineficaz la transmisión por vulneración de las disposiciones de carácter imperativo (vulneración del artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas) en doctrina de la STS de 25 de octubre de 1999, aun cuando en la de 16 de febrero de 1996 se habla de anulabilidad, no cabe obtener la eficacia de la misma, presupuesto necesario del derecho de retracto, ya que la esencia de este derecho es la subrogación del trayente en el lugar del adquirente y no cabe subrogación en un negocio ineficaz y menos aún cabe distorsionar la eficacia del negocio de transmisión de modo que se predique, por ser su consecuencia necesaria, su nulidad o ineficacia frente a la sociedad y a la vez su validez y eficacia respecto de los terceros adquirentes para poder dar lugar al retracto no previsto expresamente en los Estatutos a favor de los socios, que únicamente tienen, al no contemplar el artículo 8 el derecho de retracto, el derecho de adquisición preferente de tanteo...».

¹⁵ PERDICES, *vid., op. cit.*, pp. 284 y 285.

¹⁶ A favor, MENÉDEZ MENÉNDEZ. «Cláusulas restrictivas de la transmisión de las acciones y fusión de la sociedad: consideración general» *Estudios de derecho mercantil: liber amicorum profesor Dr. Francisco Vicent Chuliá*, (coord.) por María Victoria Petit Lavall; Vicente Cuñat Edo (dir.), José Massaguer Fuentes (dir.), Francisco José Alonso Espinosa (dir.), Esperanza Gallego Sánchez (dir.), 2013, ISBN 978-84-9053-038-2, pp. 367-382.

En contra, Álvarez Royo Villanova. <http://almacenederecho.org/las-limitaciones-a-la-transmision-de-acciones-y-participaciones-en-el-caso-de-modificaciones-estructurales/>.

¹⁷ La cláusula en cuestión era del siguiente tenor literal:

«Artículo 8 bis. Los accionistas y en su defecto la Sociedad tendrán un derecho de rescate sobre las acciones de las que sean titulares aquellas sociedades que adquieran la condición de accionista al amparo del apartado b) previsto en el artículo 8, para el caso de que dichas sociedades por cualesquiera actos inter vivos modifiquen la composición personal de su censo de socios, de forma tal que dichos socios o quienes de ellos traigan causa, pierdan la posibilidad de ejercer la mayoría de al menos dos tercios (2/3) de los derechos de voto, dejándose en consecuencia de cumplir el aludido requisito.

No se considerará, a los efectos contemplados en el párrafo anterior, que se modifica el censo de socios de la sociedad propietaria de las acciones de Canteras de Santander, S.A., cuando aquellos por cualquier título transmitan sus acciones o participaciones sociales a ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del socio transmitente o en el supuesto de transmisiones mortis causa.

Para el ejercicio de este derecho de rescate, se seguirá el proceso establecido en el artículo 8 anterior, incluso en lo que se refiere a la valoración de las acciones, correspondiendo su inicio al órgano de administración de la Sociedad, a partir del momento en que tenga conocimiento de que se ha producido una transmisión de capital social que ha tenido como efecto uno de los supuestos previstos en el párrafo primero de este artículo.

El mismo derecho de rescate surgirá si, como consecuencia de la fusión o escisión de las sociedades que adquieran la condición de socio, las nuevas sociedades que nacieran de tales operaciones y que resultaren titulares definitivas de las acciones de Canteras de Santander, S.A., no fuesen controladas, en al menos dos tercios (2/3) de sus derechos de voto por personas que originariamente fuesen socias de Canteras de Santander, S.A. o que traigan causa de las mismas por derecho propio.

También surgirá el derecho de rescate en caso de disolución y liquidación de las sociedades que ostenten la condición de socio, pero solo frente a aquellos que como consecuencia de las operaciones de liquidación reciban en pago de su participación en el capital acciones de Canteras de Santander, S.A., salvo que se trate de personas físicas o jurídicas que originariamente fueron accionistas de Canteras de Santander, S.A. o traigan causa de quienes ostentaron tal condición.

En los casos de adquisición como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, surgirá el mismo derecho de rescate, salvo que el adjudicatario definitivo de las acciones nominativas o participaciones sociales objeto de ejecución sea alguna de las personas previstas en el párrafo segundo de este artículo, o sea previamente accionista de Canteras de Santander, S.A.

No será ejercitable el derecho de rescate frente a las transmisiones de acciones de Canteras de Santander S.A. que pudiera hacer la sociedad que adquiera la condición de socio al amparo del supuesto b) del artículo anterior, revertiendo su titularidad a los propios socios de las mismas, entre los que originariamente las transmitieron o a quienes de ellos traigan causa. No obstante si como consecuencia de efectuar alguna de dichas reversiones se dejara de cumplir el requisito de control de al menos los dos tercios (2/3) del derecho de voto, surgirá el derecho de rescate frente a aquellas acciones que queden bajo la titularidad de aludidas sociedades.

El órgano de administración de la Sociedad, podrá en cualquier momento, directamente o a instancias de cualquier accionista, exigir de las sociedades que adquieran la condición de socio la acreditación de estar cumpliendo el requisito previsto en el apartado b) del artículo anterior.

Asimismo las sociedades que adquieran la condición de socios en base a lo previsto en el supuesto del artículo anterior dentro de los tres (3) primeros meses de cada ejercicio acreditarán ante Canteras de Santander, S.A. que continúan cumpliendo el requisito de control de al menos dos tercios (2/3) de los derechos de voto.

El incumplimiento de la citada obligación facultará al órgano de administración de la sociedad para suspender de los derechos políticos de socio a la sociedad que incurra en dicha falta, si después de requerida para su cumplimiento no procediera al mismo en el plazo máximo de quince (15) días».

¹⁸ Vid., REDONDO TRIGO. Las restricciones a la libre transmisibilidad de acciones en las adquisiciones indirectas. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 87, núm. 726, 2011, pp. 2371-2397.

3. URBANISMO

La doctrina de la Dirección General sobre la reversión en la expropiación de suelos de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación

The Directorate General's Doctrine on the Reversion of Land Expropriated from Landowners Who Do Not Belong to a Property Owners' Joint Development Board

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: Se ocupa el presente comentario del tratamiento del derecho de reversión en el caso de las expropiaciones de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, cuestión respecto de la cual, además de tratar de las alternativas para la cancelación de su constancia registral, la resolución de 30 de marzo de 2016 ha considerado su necesaria admisión en su estado latente inicial susceptible de reconocimiento sucesivo a partir de la presencia en todo caso del carácter forzoso de la expropiación, lo que así sostiene más allá de la configuración de la reversión en el ámbito de las expropiaciones urbanísticas como una excepción, la relevancia innegable del consentimiento del propietario a la aplicación de la expropiación como exigencia desencadenante de la acción de la Administración en orden a la obtención de los suelos, el juego de los deberes legales propios del sistema de compensación en relación tan solo con los propietarios adheridos a la Junta de Compensación y, en fin, la necesidad impuesta por el propio legislador de encuadrar el régimen de la reversión con unos antecedentes en los que su admisión para las actuaciones de urbanización tan solo tenía lugar cuando se actuase por el sistema de expropiación.

ABSTRACT: This commentary concerns the handling of the right of reversion in the case of expropriations from property owners who do not belong to a property owners' joint development board. The Directorate General's decision of 30 March 2016 addresses the alternatives for cancelling registration in such cases. The decision also considers the necessary admission of the question in its initial, latent state, subject to subsequent acknowledgement on the basis of the fact that expropriation is at all events compulsory. This standpoint the DG upholds, above and beyond the configuration of reversion as an exception in expropriation for development, the undeniable importance of the owner's consent as the trigger for government action to obtain land via expropriation, the interplay of legal duties inherent in the compensation system in connection only with the members of the property owners'

joint development board and, last of all, the need by law to adjust the reversion procedure to mesh with the underlying fact that reversion in development action can be acknowledged only when the development action is taken through the expropriation system.

PALABRAS CLAVE: Reversión. Expropiación. Junta de Compensación. No adhesión, inscripción.

KEY WORDS: *Reversion. Expropriation. Property owners' joint development board. Non-membership. Registration.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 30 DE MARZO DE 2016. 1. SOBRE LOS HECHOS. 2. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. LA POSICIÓN DE LA RESOLUCIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE REVERSIÓN EN LA EXPROPIACIÓN DE PROPIETARIOS NO ADHERIDOS A UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN.—IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL POSIBLE CUESTIONAMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE REVERSIÓN EN EL CASO TRATADO. 1. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REVERSIÓN BAJO LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DE SU PROCEDENCIA. 2. SOBRE EL CARÁCTER FORZOSO DE LA EXPROPIACIÓN. 3. LA INSUFICIENTE ASIMILACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN DE LOS NO ADHERIDOS COMO COMPRENDIDA EN LAS EXPROPIACIONES PARA EJECUTAR ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN.—V. SOBRE LA EXIGENCIA DE FIRMEZA EN VÍA JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR EL QUE SE DECLARE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado recientemente, en una extensa resolución de 30 de marzo de 2016, sobre un concreto supuesto de reversión expropiatoria previamente tratado en esta Revista por dos ocasiones en los presentes comentarios¹ así como en un Estudio² general.

Nos referimos al supuesto de reversión vinculado a la expropiación forzosa derivada de la no adhesión a las Juntas de Compensación de aquellos propietarios comprendidos en un ámbito de actuación en el que fuera aplicable el sistema de compensación

Es decir, por lo tanto, una modalidad jurídica de ejecución del planeamiento en la que, según su régimen legal, la participación de los propietarios es voluntaria en la medida en que es en virtud de su libre decisión que han de optar entre la adhesión a la Junta, con el consiguiente protagonismo que en tal caso les corresponde en el referido proceso de ejecución, y la no adhesión, en cuyo caso sus suelos han de ser expropiados ostentando ésta la condición de beneficiaria de la expropiación.

Por lo tanto, como elemento objetivo fundamental diferenciador de la expropiación aquí señalada se presenta su desencadenamiento siempre a partir de una decisión voluntaria de la propiedad, correspondiéndose no con su aplicación como

sistema de ejecución propio de una actuación integrada sino con una modalidad particular seguida en el seno del sistema de compensación.

Desde este enfoque inicial, si bien la resolución se ocupa del régimen general de la reversión así como de los modos de cancelación de su constancia registral, el objeto del presente comentario se detiene en la concreta cuestión de si el derecho de reversión es o no inherente a la expropiación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, aspecto del cual trata su Fundamento sexto y al que, después de ofrecer una visión global del contenido de la resolución, nos referiremos con posterioridad más detalladamente.

II. LOS TÉRMINOS DE LA RESOLUCIÓN DE 30 DE MARZO DE 2016

1. SOBRE LOS HECHOS

Una vez presentada en el Registro de la propiedad la certificación administrativa acreditativa de la aprobación definitiva de un Proyecto de Compensación solicitando, en lo que aquí interesa, la cancelación de determinados derechos de reversión inscritos sobre una participación indivisa de una finca adjudicada a una Junta de Compensación en correspondencia con la aportada por su parte de la que era titular por razón de su condición como beneficiaria de unas expropiaciones tramitadas respecto de suelos de propietarios no adheridos a ella, fue expedida inicialmente nota de calificación denegatoria por el registrador de la propiedad que, previa solicitud de calificación sustitutoria, fue sucesivamente confirmada por el registrador sustituto sobre la base de las siguientes consideraciones, mera reproducción todas ellas de las recogidas en la previa nota del registrador sustituido:

a) En primer lugar, se dice en la nota que *«no resulta posible cancelar estas expectativas en tanto no conste de modo fehaciente que no podrán darse las circunstancias para que se produzca tal reversión, algo que en estos momentos no consta»*, a cuyo fin se hace saber que *«así cabe entenderlo en base a lo establecido en el artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa y en los artículos 63 y siguientes de su Reglamento»*.

b) A tal fin se indica que la cancelación pedida *«requiere la presentación del oportuno documento en que el órgano administrativo adecuado declare su extinción, acreditándose que los titulares registrales han sido notificados debidamente en la forma prevista en el artículo 59 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...)»*.

c) Del acto administrativo en cuestión se dice en la nota que habrá de ser firme en vía administrativa, a lo que se añade, en términos de duda, que *«habría de plantearse si, además (...), es necesario que se acredite su firmeza en vía jurisdiccional, según la regla seguida tanto por la legislación hipotecaria como de suelo para los actos administrativos que, de forma unilateral y sin consentimiento del titular registral, deban producir la cancelación de asientos extendidos a su favor»*.

d) Por fin, se hace depender la cancelación de la previa acreditación de la extinción del derecho de reversión *«por no poder concurrir las circunstancias de hecho que determinarían la posibilidad de instar la reversión»*.

2. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Las cuestiones más relevantes a los efectos del presente comentario objeto de consideración en los Fundamentos de Derecho de la resolución son las siguientes:

a) El Fundamento segundo se dedica a analizar la naturaleza y régimen jurídico del derecho de reversión, ocupándose de los que, con base en la resolución de 26 de noviembre de 2001, identifica como hitos de la reversión susceptibles de acceso registral consistentes en *«la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los Tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista»*.

b) Del primero de los hitos indicados se destaca la condición latente o expectante del derecho de reversión y su nacimiento simultáneo con la expropiación, condición que no niega su consideración de *«derecho ya existente como derecho subjetivo y de contenido patrimonial ya adquirido por su titular incluso antes de que se transforme en un derecho de reversión activo y ejercitable a través de la subsiguiente adquisición o readquisición del bien expropiado, derecho que es susceptible de transmisión inter vivos y mortis causa, oponible frente a terceros y por ello inscribible como tal derecho de preferencia en el Registro de la propiedad»*.

c) La segunda etapa se corresponde con la conversión del derecho de reversión latente en un derecho de reversión pleno, activo o actual de adquisición preferente *«una vez producido cualquiera de los hechos o presupuestos habilitantes previstos en el apartado 1 del artículo 54 de la Ley»*, diferenciándose una fase de previa reclamación potestativa por el expropiado o sus causahabientes y una sucesiva de reconocimiento judicial o administrativo.

d) La tercera etapa es la del derecho de reversión consumado en virtud de su reconocimiento y ejercicio en forma mediante el pago o restitución de la indemnización determinante de la adquisición o readquisición del dominio, momento en el cual *«el derecho de reversión se agota y extingue de forma simultánea a la incorporación en el patrimonio del reversionista de un derecho de propiedad sobre el mismo bien inicialmente expropiado»*.

e) En el Fundamento tercero se ocupa la resolución de la susceptibilidad de acceso registral del derecho de reversión, haciendo a tal fin referencia, entre otras cuestiones, a la reforma de la Ley de Expropiación Forzosa llevada a cabo por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, con la consiguiente nueva redacción dada a sus artículos 54 y 55 *«sometiendo el derecho de reversión, también en su fase latente o expectante, al régimen registral de los principios hipotecarios comunes de oponibilidad y fe pública»*, lo que así se contempla en el apartado 5 del primero de los artículos citados al decir que *«en las inscripciones en el Registro de la propiedad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles adquiridos por expropiación forzosa se hará constar el derecho preferente de los reversionistas frente a terceros posibles adquirentes para recuperar el bien o derecho expropiados de acuerdo con lo dispuesto en este artículo y en el siguiente»*. De este modo, a partir de la reforma, *«aquel derecho del reversionista consta de forma explícita y autónoma (sin bien en el mismo asiento registral que el derecho del beneficiario de la expropiación), y no de forma indirecta o implícita como sucedía antes (...)»*.

f) Después de dedicar el Fundamento cuarto a la cuestión relativa al momento en que debe entenderse nacido el derecho de reversión y de pronunciarse en el sentido de que tal momento será el *«de la expropiación, pues evidentemente al reconocer la Ley dicho derecho al expropiado o a sus causahabientes está admitiendo su transmisibilidad, por lo que no puede negarse que es un derecho ya patrimonializado por quien lo puede transmitir»*, pasa a ocuparse en el quinto siguiente de su configuración legal *«en el ámbito propio de las expropiaciones de naturaleza urbanística»*, a cuyo fin admite, con base en la sentencia del Tribunal Supremo

de 15 de noviembre de 2005, que constituye «*un supuesto especial (que) pasa a regularse como instrumento sectorial propio, sujeto a las exigencias de la normativa urbanística*» y que, justo por ello, en el caso particular de las expropiaciones urbanísticas, «*es posible que (...), en su regulación sectorial, lo modulen o excluyan mediante norma con rango de Ley*».

g) A partir de lo anterior, la resolución, después de referir la regulación dispuesta en el artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Suelo (actual artículo 47 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) diferenciando los casos en los que se declara la existencia del derecho de aquellos otros en los que se excluye, afirma que «*en los casos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización, existe derecho de reversión cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido*».

h) Sin perjuicio de lo que se expresa más adelante, es el Fundamento sexto el que se ocupa ya en detalle del derecho de reversión del propietario no adherido a una Junta de Compensación derivado de «*un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo en el seno del sistema de compensación, donde la eventual opción de incorporación no obsta a su carácter forzoso, consecuencia de la afectación de todo el suelo del ámbito al cumplimiento de los deberes inherentes al sistema, diferenciándose nítidamente tal particular incidente expropiatorio de los distintos negocios jurídicos, plenamente voluntarios y con propia causa en cuya virtud el propietario afectado por la actuación pudiera transmitir su dominio a otra persona jurídica como es la Junta de Compensación, negocios que serían previos y complementarios ajenos al procedimiento y con plenos efectos civiles*». De ahí que se afirme que «*el registrador ha de hacer constar la garantía de reversión en todo caso, cuando el título inscribible sea el de expropiación, salvo el caso en que el propio título de expropiación declare la improcedencia de la reversión por concurrir ya en origen alguna excepción legal (...)*».

i) En los sucesivos Fundamentos siete y ocho, la resolución se ocupa del modo de cancelar la mención registral del derecho de reversión, destacando que «*la competencia para resolver sobre la reversión corresponderá a la Administración*» y que, en el caso de las expropiaciones urbanísticas en las que el suelo hubiera sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización, «*procede la reversión cuando hayan transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se haya concluido*», confirmando con ello «*la calificación en cuanto a la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa*».

j) Por fin, en el Fundamento noveno se plantea la posibilidad de otros modos de cancelación del derecho de reversión, admitiendo que así quepa por la renuncia anticipada efectuada al convenir el precio por dar lugar en tal caso a una transmisión voluntaria, por la renuncia al derecho ya reconocido con base en el artículo 1112 del Código Civil y, en el caso del derecho de reversión en expropiaciones seguidas en el seno del sistema de compensación y después de rechazar la aplicación de la regla octava del expediente de liberación de cargas y gravámenes del artículo 210 de la Ley Hipotecaria, se admite su cancelación «*una vez transcurridos cinco años contados desde la fecha de recepción de las obras de urbanización por la Administración, según se acredite mediante certificación*

administrativa del acta, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho o formulado reclamación judicial sobre su incumplimiento».

III. LA POSICIÓN DE LA RESOLUCIÓN SOBRE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE REVERSIÓN EN LA EXPROPIACIÓN DE PROPIETARIOS NO ADHERIDOS A UNA JUNTA DE COMPENSACIÓN

Aún cuando la resolución se refiere al modo de cancelación «*de la mención registral del derecho de reversión expectante o reconocido*» como la «*cuestión principal*» del expediente³, la cual en efecto lo es cuando se parte, como en ella se hace, de su carácter consustancial con la expropiación de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación, el presente comentario se detiene principalmente, sin embargo, en la concreta cuestión del referido carácter consustancial pues, como es notorio, una interpretación en sentido contrario haría innecesario ocuparse de la cancelación de un derecho en tal caso inexistente.

A tal fin, la resolución, que parte de la aceptación de que la regulación sectorial de las expropiaciones urbanísticas puede modular o excluir el derecho de reversión mediante norma con rango de Ley, asume en su Fundamento quinto la necesidad de interpretar el artículo 47.1, párrafo primero, *in fine* —ha de entenderse que de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015—, «*a la luz del principio general de procedencia de la reversión*». De tal criterio interpretativo resulta la afirmación de que «*si se expropia por una actuación de urbanización y no se concluye en diez años desde la expropiación, existe derecho de reversión*», lo cual, también se dice, no ocurría en los mismos términos en el caso de la precedente Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones al limitar el supuesto de reversión al de aquellos ámbitos en los que se acudiera a la expropiación bajo su configuración como actuación sistemática.

A su vez, ya en el Fundamento sexto, se viene a rechazar la inexistencia de la reversión por el hecho de que la transmisión de los bienes, también en el caso del propietario no adherido a una Junta de Compensación, habría tenido lugar *ope expropriationis*, lo cual asimilaría el supuesto al de la celebración de convenio o mutuo acuerdo en la fijación del justiprecio en el que no queda afectada la subsistencia del derecho de reversión y no, por el contrario, al de aquel otro en el que se produjera la cesión amistosa previa a la expropiación en el que cabría sostener su inexistencia.

Más adelante, después de exponer las notas características más relevantes del sistema de compensación y de reconocer, según quedó ya dicho, que la utilización en él de la expropiación no responde a su consideración como un sistema propio, se concluye afirmando el carácter en todo caso forzoso de la expropiación del propietario voluntariamente no adherido a la Junta de Compensación como «*consecuencia de la afección de todo el suelo del ámbito al cumplimiento de los deberes inherentes al sistema*», lo que aleja el caso de aquellos negocios jurídicos voluntarios y con propia causa en los que el propietario transmite su dominio a la Junta de Compensación.

Por fin, admitido en la resolución que, en todo caso, «*la competencia para resolver sobre la reversión corresponderá a la Administración en cuya titularidad se halle el bien o derecho*», de modo coherente con ello se concluye afirmando que «*el registrador ha de hacer constar la garantía de reversión en todo caso, cuando el título inscribible sea el de expropiación, salvo el caso en que el propio título de*

expropiación declare la improcedencia de la reversión por concurrir ya en origen alguna excepción legal (...)».

Por lo tanto, más allá de la extensión de la resolución, sus argumentos en apoyo de la conclusión sobre la existencia de la reversión en el supuesto de la expropiación de los no adheridos a una Junta de Compensación, asumiendo en todo caso que su reconocimiento es competencia de la Administración, podrían quedar resumidos en los tres siguientes:

- a) El reconocimiento de una suerte de principio general de preferencia del derecho de reversión.
- b) La asimilación del supuesto tratado con el de fijación del justiprecio mediante convenio o de mutuo acuerdo, en los cuales la reversión no queda neutralizada por tal circunstancia.
- c) El carácter forzoso de la expropiación sin perjuicio de la voluntariedad de la adhesión a la Junta de Compensación en razón de la afección del ámbito al cumplimiento de las obligaciones del sistema.

IV. CONSIDERACIONES SOBRE EL POSIBLE CUESTIONAMIENTO DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE REVERSIÓN EN EL CASO TRATADO

1. CONSIDERACIÓN INICIAL SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REVERSIÓN BAJO LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO GENERAL DE SU PROCEDENCIA

A la vista de las razones dadas en la resolución de 30 de marzo de 2016 para sostener en el supuesto tratado la existencia del derecho de reversión al menos en el que identifica como estado latente previo a su eventual reconocimiento según su condición como elemento intrínseco de la expropiación, una primera consideración es la que impone detenerse sobre la aplicación en ella del que denomina principio general de procedencia de la reversión.

Así parece que ha de realizarse toda vez que, como en efecto fue planteado en el recurso gubernativo interpuesto contra la nota de calificación, en el caso de los propietarios no adheridos a una Junta de Compensación el reconocimiento o no de la existencia del derecho a pedir la reversión parte del presupuesto de que, tomando como referencia el vigente artículo 47 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, ni se trata de un supuesto que quede expresamente excluido de la reversión por su apartado 1 ni forma tampoco parte de los expresamente incluidos a que se refiere tanto ese número 1 como el 2 siguiente, al menos, en ambos casos, mediante la identificación precisa del supuesto en cuestión.

En este sentido, el doble juego del reconocimiento y exclusión del derecho de reversión opera de modo claro.

Procede el reconocimiento cuando se produzca el cambio de uso que motivó la expropiación por una revisión o modificación del planeamiento salvo que se diera alguna de las siguientes seis hipótesis: que el uso dotacional público que motivó la expropiación se hubiera mantenido ocho años o que el nuevo uso dotacional fuera igualmente público, que la causa de la expropiación hubiera sido la formación o ampliación de un patrimonio público de suelo, que se tratara de una actuación de urbanización, que se tratara de una expropiación por incumplimiento de deberes o no levantamiento de cargas, o, en fin, que se tratara de los restantes supuestos de la Ley de Expropiación Forzosa. Igualmente procede

su reconocimiento, sin actuar en este caso la premisa del cambio de uso, cuando tratándose de una expropiación para ejecutar una actuación de urbanización no hubiera concluido la urbanización durante el plazo de diez años desde tal expropiación. Correlativamente, por consiguiente, no procede en los correspondientes supuestos contrarios.

A partir de ello, según entendemos lo que en realidad hace la Ley en este punto no es tanto poner de manifiesto un principio general de preferencia de la reversión que informe la interpretación de su régimen jurídico como, más bien, identificar una aparente regla general que se correspondería con su reconocimiento de partida en su estado latente y una serie también de aparentes excepciones, apariencias respectivas que se desprenden del hecho cierto de que el reconocimiento de la reversión se ha convertido en la excepción. Y es que siendo más previsible que se den los supuestos de inexistencia de la reversión lo que parecería más razonable sería configurar su no reconocimiento como regla general y su admisión como excepción, de tal modo que, si la regulación legal ha de interpretarse desde la presencia de un principio general en la materia según efectúa la resolución, parece que lo más coherente sería partir, por más que que resulte paradójico, del principio general de no procedencia de la reversión, al menos en el caso de las expropiaciones urbanísticas.

Baste en este sentido, en efecto, con pensar qué otros supuestos expropiatorios en el ámbito urbanístico cabría encontrar distintos de aquellos para los que la Ley contempla el carácter consustancial de la reversión con la expropiación, ejercicio que, al tiempo que fácilmente permitiría concluir con la no reversión como regla general y la reversión como excepción, al menos cuestiona intensamente la invocación de un supuesto principio general de procedencia de la reversión.

Por consecuencia, si resulta que el supuesto tratado ni queda expresamente excluido de la reversión por el apartado 1 del artículo 47 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 ni forma tampoco parte de los expresamente incluidos a que se refiere tanto ese número 1 como el 2 siguiente, parecería más correcto atender a las singularidades intrínsecas del supuesto antes que a interpretaciones que aun siendo válidas en términos generales pudieran pasar por alto algún elemento adicional capaz de matizar la conclusión final de la resolución.

Así se plantea aun reconociendo que, como dice la resolución, sería a la Administración a la que correspondería la última palabra al respecto, lo cual, sin embargo, no impidió que en su fundamentación no se hiciera una valoración jurídica sobre la admisión del supuesto al pasar por alto la consideración esgrimida en el recurso gubernativo reflejada en los Hechos según la cual el acto de aprobación del Proyecto de Compensación accedió, al menos implícitamente, a la solicitud expresa en él contenida de que fuera cancelada la constancia registral de la reversión.

2. SOBRE EL CARÁCTER FORZOSO DE LA EXPROPIACIÓN

Según ha quedado dicho, en la resolución se advierte que el carácter forzoso de la expropiación en el caso tratado no se ve eliminado por virtud de la voluntariedad de la adhesión a la Junta de Compensación por razón de la afección del ámbito al cumplimiento de las obligaciones del sistema.

Frente a ello, sin embargo, lo que ha de entenderse por afección del ámbito al cumplimiento de las obligaciones del sistema es, por un lado, a aquellas que

son propias del sistema de compensación y, por otro, a las que son exigibles de la Junta de Compensación en el proceso de gestión que, por definición, se proyecta sobre los propietarios adheridos en cuanto los no adheridos quedan exclusivamente sujetos a la tramitación del conjunto del procedimiento expropiatorio hasta el pago del justiprecio.

Junto a ello, en los términos igualmente planteados en el recurso, no se puede dejar de lado que la expropiación del suelo del propietario no adherido participa de una naturaleza propia toda vez que el hecho determinante de su puesta en funcionamiento no se encuentra en una decisión de la Administración que se impone a la voluntad del titular del suelo sino que, por el contrario, como hemos tenido oportunidad de destacar en otro momento⁴, «*siendo la adhesión al sistema de compensación una decisión voluntaria reservada en exclusiva al propietario y conocido por éste, por así resultar directamente de la Ley, que el efecto ligado a la no adhesión puede ser la expropiación, ésta, cuando tiene lugar, se debe a su sola voluntad por lo que no parece admisible que quien libremente desencadena la expropiación pueda después solicitar la reversión*». El desenvolvimiento por lo tanto del sistema de compensación respecto de los propietarios incorporados a la Junta de Compensación es el propio de un desarrollo *inter volentes*, es decir, entre aquellos que libremente consienten tal incorporación, lo cual lleva a la consiguiente consideración⁵ de que «*no procede la reversión (en el caso de) los propietarios no adheridos a la Junta de Compensación, pues siendo la adhesión voluntaria la no adhesión no puede ser calificada de incumplimiento de ningún deber urbanístico*». Es decir, es el propietario de suelo quien libremente decide si quiere o no participar en el proceso de ejecución del planeamiento y, con ello, si acepta en caso negativo que sus suelos sean objeto de obtención por la Administración.

En este sentido no parecía del todo desacertada la consideración vertida en el recurso gubernativo reproducido en la resolución y en él desarrollada por extenso al apuntar a que el supuesto expropiatorio más cercano al aquí tratado sería el previsto en el apartado 1.d) del artículo 47 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, el cual niega la reversión en las expropiaciones por incumplimiento de deberes pues, también en él, la razón determinante de tal exclusión se presenta no por una decisión de la Administración sino por un determinado comportamiento del expropiado consistente en la no ejecución del planeamiento en los plazos o forma al efecto impuestos desde el planeamiento aplicable.

Por lo demás, la asimilación que efectúa la resolución del supuesto tratado con el de la celebración de convenio o mutuo acuerdo en la fijación del justiprecio en el que no queda afectada la subsistencia del derecho de reversión en lugar de hacerlo al consistente en la cesión amistosa previa a la expropiación en el que cabría sostener su inexistencia parece cuestionable desde el momento en que ambas hipótesis parten de la previa definición unilateral por la Administración de la expropiación como modo de obtención de los suelos, en el seno de cuyo procedimiento cabe la articulación de la adquisición libremente y por mutuo acuerdo determinante de la conclusión del expediente expropiatorio «*una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa*», conforme dice el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa.

En el caso del propietario no adherido, sin embargo, el carácter forzoso de la expropiación se presenta en realidad como un mero *nomen iuris* por la referencia a una institución legal con arreglo a cuyas normas ciertamente se desarrolla la determinación y pago del justiprecio, pero cuya nota característica, esto es, la previa definición unilateral de su aplicación por la Administración, está ausente en cuanto, en lugar de depender de ésta, queda enteramente supeditada a la deci-

sión del propietario de suelo por ser él quien, al optar libremente por mantenerse al margen del proceso de ejecución del planeamiento, en rigor desencadena la expropiación de sus suelos, por encima incluso de una eventual oposición de la Administración. De ahí, en fin, el paradójico carácter en último término de la expropiación forzosa tratada como voluntaria.

3. LA INSUFICIENTE ASIMILACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN DE LOS NO ADHERIDOS COMO COMPROMETIDA EN LAS EXPROPIACIONES PARA EJECUTAR ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN

Nos referimos en este punto a una concreta cuestión, la referida a la muy relevante variación existente entre el régimen aplicable en materia de reversión en la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones y en la vigente Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, que, aun dando cuenta de ella, es sin embargo solo superficialmente tratada en la resolución por no extraer las consecuencias que parecerían lógicas.

La cuestión se ciñe a que, en efecto, el único supuesto susceptible de dar cobertura al derecho de reversión del propietario no adherido sería, como admite la resolución, el previsto en el apartado 2.a) del artículo 47 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, supuesto cuya inaplicación, sin embargo, en los términos igualmente expuestos en la impugnación de la nota de calificación, habría de entenderse conforme a las dos fundamentales consideraciones siguientes:

- a) A que la introducción de los supuestos de reversión hoy vigentes a partir de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo tuvo lugar bajo un modelo coincidente en lo sustancial con los previamente contemplados en la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, lo cual así quedó meridianamente claro en su Exposición de Motivos al decir que, *«en materia de expropiación forzosa, se recogen sustancialmente las mismas reglas que ya contenía la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, traídas aquí por razones de técnica legislativa, para evitar la dispersión de las normas y el fraccionamiento de las disposiciones que las recogen. En materia de reversión y de responsabilidad patrimonial, los supuestos de una y otra se adaptan a la concepción de esta Ley sobre los patrimonios públicos de suelo y las actuaciones urbanizadoras, respectivamente, manteniéndose también en lo demás los criterios de la Ley anterior»*.
- b) En segundo lugar, a que la remisión a los *«criterios de la Ley anterior»*, en cuanto se refiere al concreto supuesto del artículo 47.2.a) de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015, reconducía de modo inmediato como evidente antecedente a lo dispuesto en el artículo 40.4 de la citada Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, el cual dispuso lo siguiente: *«procederá la reversión en los supuestos de terrenos incluidos en un ámbito delimitado para su desarrollo por el sistema de expropiación, cuando hubieren transcurrido diez años desde la expropiación sin que la urbanización se hubiera concluido»*.

De ahí, por lo tanto, que al ser el antecedente del vigente artículo 47.2.a) de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 30 de octubre de 2015 el contenido en el régimen legal en materia de suelo de 1998, sobre cuyos criterios además descansaba, la reversión por falta de conclusión de la urbanización

en el plazo de diez años solo cabía entenderla admitida en el caso de que se actuara en el marco de actuaciones de urbanización desarrolladas a través del sistema de expropiación, no, en consecuencia, cuando lo fuera en el seno del sistema de compensación respecto de los propietarios no adheridos a la Junta de Compensación, lo que así se entiende, además, en correspondencia con una conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo de la que son testimonio las sentencias de 25 de marzo de 1998 y 14 de febrero de 1991 referidas a la improcedencia de reconocimiento de la reversión en actuaciones seguidas justamente según el sistema de expropiación por entender que la falta de conclusión de la obra urbanizadora en el plazo de diez años como supuesto desencadenante del mismo no admitía la valoración aislada de tal situación en solo parte del ámbito afectado.

V. SOBRE LA EXIGENCIA DE FIRMEZA EN VÍA JURISDICCIONAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO POR EL QUE SE DECLARE LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE REVERSIÓN

Suscitado en términos de duda por la nota de calificación recurrida si el acto administrativo declarativo de la extinción del derecho de reversión habría de requerir, para permitir la cancelación de su mención registral, que previamente se hubiera acreditado su firmeza en vía jurisdiccional, la resolución se pronuncia afirmativamente en los siguientes términos: se confirma *«la exigencia de certificación del acto administrativo firme que, con audiencia del interesado, declare la extinción del derecho de reversión, siempre y cuando tal decisión haya adquirido firmeza, también en vía jurisdiccional, por sentencia judicial confirmatoria o por transcurso de los plazos de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa»*.

Con ello, a la firmeza en vía administrativa requerida para la inscripción de determinados actos administrativos de naturaleza urbanística según ocurre, por ejemplo, con la aprobación de los instrumentos reparcelatorios, para el caso de la declaración de extinción del derecho de reversión la resolución añade la exigencia de su firmeza en vía jurisdiccional, lo cual resulta al menos discutible no solo en cuanto tal interpretación carece de una cobertura normativa directa sino también por su oposición a la presunción de legalidad de que goza todo acto administrativo y que, salvo en el caso de la suspensión de sus efectos en vía administrativa o jurisdiccional, es a su vez determinante de su consiguiente ejecutividad.

Y es que, en efecto, es cierto que la firmeza en vía administrativa como condición necesaria para la inscripción de determinados actos de naturaleza urbanística al menos cobra sentido a fin de impedir su acceso al Registro de la propiedad por un breve espacio de tiempo cuando, por su susceptibilidad de impugnación en vía administrativa, pudieran ser objeto de reconsideración por la Administración con el consiguiente riesgo de dar cauce su inscripción a una situación de inoponibilidad frente a un eventual tercer adquirente. Pero, frente a ello, que también se supedite tal acceso registral a la confirmación en vía jurisdiccional de la declaración de extinción del derecho de reversión en caso de ser recurrido el acto declarativo de su extinción en sede judicial aun con el apoyo que pudiera recibir tal posición de los artículos 1, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria no resulta del todo conciliable con el privilegio de la autotutela administrativa que se deduce de lo dispuesto en el artículo 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedi-

miento Administrativo Común según el cual «*los actos de la Administración serán válidos y producirán efecto desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*».

De igual modo, el artículo 4.2 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de adaptación del sistema registral al urbanístico, dispone que «*salvo los casos en que la legislación establezca otra cosa, los actos administrativos se inscribirán mediante certificación de la misma naturaleza que cumpla los siguientes requisitos: (...) b) Que exprese que el acto ha puesto fin a la vía administrativa, salvo lo dispuesto en este Reglamento para acuerdos determinados (...)*». Así lo hace sin que exista norma alguna que supedite la práctica del asiento de cancelación de un derecho de reversión a la confirmación judicial de su declaración de extinción en el caso de haber sido recurrida judicialmente, ni siquiera por analogía según afirma la resolución con la cita de los artículos 31.4 y 63.1 de dicho Real Decreto pues en ambos casos ha de entenderse que se hace referencia a la firmeza en vía administrativa; es decir, a la insusceptibilidad del acto para ser recurrido en vía administrativa o a la efectiva resolución del recurso administrativo en su caso interpuesto.

Es por ello, en fin, que ante una declaración de extinción del derecho de reversión el reversionista que discrepara siempre podría acogerse, si además tal declaración hubiera dado lugar a la cancelación de su mención registral, no solo a la impugnación del respectivo acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa para obtener una resolución favorable sobre el fondo sino también a la utilización de la anotación preventiva de interposición de recurso contencioso-administrativo como medida cautelar llamada a garantizar la ejecución de una sentencia eventualmente favorable y cuyos efectos jurídico-reales se concretaran bien en la reinscripción del derecho de reversión si el pronunciamiento final se limitara al rechazo de su extinción, bien, en el caso serle además reconocida la reversión del suelo en su día expropiado, a la inscripción del mismo a su favor previo el cumplimiento de los requisitos al efecto previstos en la Ley de Expropiación Forzosa.

CONCLUSIONES

I. Según resulta de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 2016, en el caso de las expropiaciones de propietarios no adheridos a una Junta de Compensación ha de mantenerse el carácter latente del derecho de reversión susceptible de reconocimiento por la Administración una vez se dieran las respectivas condiciones de posibilidad contempladas en la Ley.

II. Tal conclusión se desprende de la consideración de que, aun siendo cierto que la expropiación indicada exige la premisa de una decisión libre del propietario consistente en la renuncia a formar parte de la Junta de Compensación, no por ello pierde su carácter forzoso con la consiguiente imposibilidad de asimilación con cualquier clase de negocio jurídico voluntario.

III. No obstante lo anterior, la configuración de la reversión en el ámbito de las expropiaciones urbanísticas como una excepción, la relevancia innegable del consentimiento del propietario a la aplicación de la expropiación como exigencia desencadenante de la acción de la Administración en orden a la obtención de los suelos, el juego de los deberes legales propios del sistema de compensación en relación tan solo con los propietarios adheridos a la Junta de Compensación y, en fin, la necesidad impuesta por el propio legislador de encuadrar el régimen de la reversión con unos antecedentes en los que su admisión para las actuaciones de

urbanización solo tenía lugar cuando se actuase por el sistema de expropiación, todo ello, permite cuestionar una doctrina cuyo cierre en todo caso correspondería a la Administración como titular de la potestad expropiatoria.

IV. El ofrecimiento en la resolución de una diversidad de alternativas a fin de alcanzar la cancelación de la constancia registral de la reversión constituye una relevante aportación cuestionable, no obstante, en cuanto al concreto supuesto consistente en el sometimiento a firmeza en vía jurisdiccional del acto administrativo accediendo a la declaración de la extinción del derecho de reversión, en cuanto cabe entender tal interpretación contraria a la presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 14 de febrero de 1991
- STS de 25 de marzo de 1998
- STS de 15 de noviembre de 2005
- RDGRN de 26 de noviembre de 2001
- RDGRN de 30 de marzo de 2016

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ FRAILE, J. M., El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, 2471 a 2504.

LASO BAEZA, V., Matizaciones a la constancia registral de la reversión en la inscripción de las expropiaciones urbanísticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, 874 a 881.

LASO MARTÍNEZ, J. L., Reversión de expropiaciones. Transmisión del derecho de reversión. Oponibilidad a terceros y protección registral (Resoluciones de la DGRN de 29 de junio, 28 de julio y 26 de noviembre de 2001), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, 2004, 385 a 395.

NOTAS

¹ LASO MARTÍNEZ, J. L., Reversión de expropiaciones. Transmisión del derecho de reversión. Oponibilidad a terceros y protección registral (resoluciones de la DGRN de 29 de junio, 28 de julio y 26 de noviembre de 2001), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 681, 2004, pp. 385 a 395, y LASO BAEZA, V., Matizaciones a la constancia registral de la reversión en la inscripción de las expropiaciones urbanísticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, pp. 874 a 881.

² DÍAZ FRAILE, J. M., El derecho de reversión expropiatoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, pp. 2471 a 2504.

³ Sobre el modo de cancelación del derecho de reversión nos ocuparemos en un próximo comentario.

⁴ LASO BAEZA, V., Matizaciones... *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 700, 2007, p. 877.

⁵ DÍAZ FRAILE, J. M., El derecho de reversión..., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 727, 2011, p. 2492.

4. DERECHO BANCARIO

Estudio sobre la problemática de la cláusula de cancelación anticipada de los swaps conforme a la jurisprudencia del Alto Tribunal contenida en las sentencias de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015

Analysis of the legal issue on the anticipatory cancellation clause based on the judgments of the Spanish Supreme Court dated on November 15th 2012, February 17th 2014 and December 3rd 2015

por

DR. HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS
*Abogado colegiado en Madrid y en Nueva York
LLM por la University of California Berkeley*

RESUMEN: Las permutas financieras suelen tener una cierta duración en el tiempo. La extinción voluntaria antes de su vencimiento, implica la cancelación de una posición que puede generar un coste o un beneficio para la parte que sufre la cancelación. Por ello los *swaps* suelen contener una provisión que regula la resolución anticipada, señalando que la misma se realiza a valor de mercado, pudiendo implicar un coste para la parte que quiere cancelar el contrato. Esto ha generado en los últimos años mucha litigiosidad respecto a los *swaps*, debido a la bajada drástica de la inflación y los tipos de interés.

El presente artículo analiza la doctrina contenida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015, así como otras resoluciones del referido tribunal que han tratado este asunto. Aunque las citadas sentencias no se pronuncian expresamente respecto a la legalidad o validez de estas cláusulas, de las mismas pueden extraerse una serie de conclusiones. La primera es que las comentadas provisiones deben identificar claramente los supuestos en los que la entidad financiera puede cargar al cliente algún coste de cancelación, así como el criterio de cálculo asociado a dicha operación (STS de 15 de noviembre de 2012).

Además se debe proporcionar una referencia genérica y aproximada que permita al cliente hacerse una idea de cuánto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume (STS de 15 de septiembre de 2015).

En este sentido también se exige que se informe de manera clara y correcta del modo de calcular el coste de cancelación (STS de 20 de noviembre de 2015).

La segunda conclusión es que cuando el contrato ha sido elaborado por el banco, (que es el caso más habitual), puede proceder interpretar de forma favo-

rable para el cliente la comentada cláusula, permitiendo una resolución sin coste alguno en virtud del principio interpretativo *contra proferentem* establecido en el artículo 1288 del Código Civil, cuando no está claramente regulado en qué supuestos procede abonar el coste de cancelación (STS de 15 de noviembre de 2012).

La tercera conclusión es que hay pronunciamientos contradictorios respecto a que la estipulación de cancelación anticipada constituya un elemento esencial que faculte declarar un error en la contratación. Así la STS de 17 de febrero de 2014 se pronuncia a favor y la STS de 3 de diciembre de 2015 y otra serie de sentencias estiman lo contrario.

ABSTRACT: Swaps usually have certain duration in time. The voluntary termination before its expiration date involves the cancellation of a position that can cause a cost or benefit to the party who suffers the cancellation. For that reason swaps often contain a provision that sets forth the anticipatory termination, establishing that cancellation is carried out at market value, which may imply a cost for the party who wants to cancel the contract. The current drastic drop in inflation and interest rates has led to much litigation on swaps due to the application of the said clause.

This article analyses the doctrine contained in the judgments of the Spanish Supreme Court of November 15th 2012, February 17th 2014, December 3rd 2015, as well as other judgments rendered on this topic. Although these judgments do not refer to the legality or validity of these provisions, some conclusions can be inferred from them. The first one is that the mentioned clauses should clearly identify the circumstances under which the bank may charge a cancellation fee to the customer, as well as the method to calculate the said fee (Spanish Supreme Court judgment dated November 15th 2012).

Furthermore, it is required to provide a generic approximate reference that may enable the client to have an idea on the cancellation cost and the corresponding risk that is assumed (Spanish Supreme Court judgment issued on September 15th 2015).

By the same token, it is also required to inform clearly and correctly on the method to calculate the cancellation cost (Spanish Supreme Court judgment rendered on November 20th 2015).

*The second conclusion is that when the contract is drafted by the bank, (which is quite frequent), the referred clause can be interpreted favorably to the client, allowing the termination without any charge of a cancellation fee as a consequence of the interpretation principle *contra proferentem* established in article 1288 of the Spanish Civil Code, when it is not clearly specified the cases under which the said fee can be charged (Spanish Supreme Court judgment dated November 15th 2012).*

The third conclusion is that there are inconsistent judgments on the issue whether the provision of anticipatory termination is an essential element that entitles the parties to bring an action for declaring a mistake in the formation of the contract. The judgment rendered on February 17th 2014 deems that it is not an essential element and the judgment issued on December 3rd 2015 and other judgments reach the opposite conclusion.

PALABRAS CLAVE: Permuta financiera. Swap. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Provisión de resolución anticipada. Cláusula de cancelación anticipada. Coste de cancelación.

KEY WORDS: Swap. Case law from the Spanish Supreme Court. Anticipatory termination clause. Anticipatory cancellation clause. Cancellation cost.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA, EL BANCO DE ESPAÑA Y LA JURISPRUDENCIA MENOR.—III. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DEL ALTO TRIBUNAL SOBRE LAS CLÁUSULAS DE CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LOS SWAPS: 1. STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012. A) *Origen del pleito y sus antecedentes*. B) *Doctrina de especial interés contenida en esta sentencia*. 2. STS DE 14 DE FEBRERO DE 2014. A) *Hechos y cuestiones procesales importantes*. B) *Pronunciamientos destacados de la resolución*. 3. STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2015. A) *Descripción de los antecedentes*. B) *Principales aspectos de la sentencia*. 4. OTRAS RESOLUCIONES DEL ALTO TRIBUNAL RELEVANTES EN LA MATERIA. CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DEL CORRESPONDIENTE DEBER INFORMATIVO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años las permutas financieras han pasado de ser un producto de cobertura o inversión prácticamente desconocido para el gran público, sin ser habitualmente tratado por la doctrina jurídica¹, a convertirse en el objeto de una ingente litigiosidad.

Esta masiva litigación ha originado un rico debate y jurisprudencia sobre múltiples elementos de esta clase de negocio jurídico². Y dentro de los mismos se encuentra la validez y esencialidad de las cláusulas de cancelación anticipada, que habitualmente contemplan la posibilidad de resolución anticipada, teniéndose que abonar el valor de mercado del derivado financiero³. Así en esta clase de pleitos se suele alegar un incumplimiento informativo por parte de la entidad financiera respecto a este elemento al no comunicar la fórmula para calcular el coste de cancelación, la invalidez de tener que abonar el valor de mercado, así como la concurrencia de un presunto vicio en el consentimiento sobre este aspecto del contrato⁴.

Un rasgo chocante de este tipo de negocio jurídico es que su suscripción sea generalmente gratuita y que sin embargo su cancelación de mutuo acuerdo pueda implicar, como está sucediendo actualmente respecto a los swaps de tipos de interés y de inflación, unos elevados costes de cancelación para el cliente. Esta impresión aumenta cuando se conoce que el coste de cancelación es variable, y que por tanto, no puede saberse con certeza cuál puede ser el mismo en el futuro⁵.

El resultado de este motivo de nulidad sigue siendo incierto dentro de la jurisprudencia menor por los diversos pronunciamientos que se han dictado⁶, pero los pronunciamientos del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2012, de 17 de febrero de 2014 y de 3 de diciembre de 2015, así como otras sentencias dictadas recientemente, han establecido una serie de criterios útiles y determinantes para dilucidar la validez de las cláusulas de cancelación anticipada de las permutas financieras.

Por ello la finalidad de este artículo es describir el actual posicionamiento de la doctrina y jurisprudencia menor al respecto, y profundizar en el estudio los criterios fijados por el Alto Tribunal sobre esta clase provisiones en las citadas resoluciones.

II. POSICIONAMIENTO DE LA DOCTRINA, EL BANCO DE ESPAÑA Y LA JURISPRUDENCIA MENOR

En este sentido habría que empezar indicando que estos contratos son de duración determinada⁷ y personalistas⁸, por lo que no prevén un derecho de

desistimiento al que se puedan acoger las partes⁹. Por consiguiente, la única alternativa para dejar sin efecto el contrato es la extinción de mutuo acuerdo, salvo que sea aplicable algún otro mecanismo excepcional contemplado en el ordenamiento o en el propio negocio jurídico¹⁰.

En todo caso se debe tener en cuenta que el abono de un coste de cancelación no constituye (o debería no ser) una penalización, si no que responde (al menos en teoría) a la necesidad de compensar a la otra parte el daño que le provoca el tener que resolver el otro producto con el que cerraba dicha posición (y que generalmente es conocido como operación espejo)¹¹.

Nótese que tal perjuicio se originaría con independencia de que la causa de resolución anticipada provenga de un incumplimiento contractual. Por ello no es infrecuente que incluso en supuestos de infracciones contractuales haya referencias a la obligación de tener que abonar el valor de mercado del derivado financiero (sin perjuicio que puedan preverse otras fórmulas alternativas y/o complementarias)¹².

Por lo expuesto, el criterio del Banco de España a la hora de interpretar este tipo de cláusulas ha sido generalmente entender que no supone una mala práctica bancaria la imposibilidad de desistir gratuitamente del contrato, ni fijar el coste de cancelación en referencia al valor de mercado¹³, ni no proporcionar la fórmula del coste de cancelación¹⁴ cuando finaliza la permuta financiera anticipadamente de forma voluntaria.

A este respecto tiene que resaltarse que las estipulaciones de resolución anticipada no necesariamente implican que los clientes de las entidades financieras tengan que abonar un coste de cancelación, puesto que el valor de mercado oscila en función de la cotización del elemento de referencia de la permuta financiera, habiéndose dado casos en la práctica de cancelaciones con abonos para los clientes. En todos los casos (tanto de abonos como de cargos) el valor de mercado se calcula de la misma forma por expertos financieros, sin que generalmente haya grandes discrepancias sobre el importe del mismo. Lo cual no obsta a que en los últimos años la cancelación de los *swaps* habitualmente implique unos costes elevados para los clientes, que el valor de mercado futuro no pueda conocerse, a que el mismo no pueda determinarse por la inmensa mayoría de los clientes de las entidades financieras (puesto que no disponen de los medios ni del conocimiento para ello) y a que en algún caso, debido precisamente a estas circunstancias, se haya podido producir un abuso en el cálculo de las cuantías del valor de mercado transmitidas a los clientes.

A estos efectos cabe señalar que la doctrina ya había indicado con anterioridad a toda esta litigiosidad que el efecto de la cancelación de un *swap* sería abonar el valor actual del mismo, entendiendo que el mismo es, de forma simplificada, el resultado económico que se espera que genere el contrato¹⁵.

En línea con lo anterior, se han producido una serie de pronunciamientos de las Audiencias Provinciales¹⁶ que consideran que no hay irregularidad alguna con este tipo de cláusulas. Estas sentencias estiman que no son oscuras estas estipulaciones porque no se puede proporcionar más información que el coste de cancelación puede suponer un abono o cargo del valor de mercado. En este sentido, también se ha argumentado que las referidas provisiones tampoco serían abusivas, ya que únicamente implican el funcionamiento normal del producto, que a estos efectos es similar al de otros contratos bancarios¹⁷. Además, hay que tener en cuenta que según el Banco de España el uso de estas cláusulas de cancelación no es una mala práctica bancaria. Por ello, y por las características previamente mencionadas de las permutas financieras, algún autor ha considera-

do que el establecimiento de este tipo de provisión con la configuración señalada no constituye *per se* una vulneración del ordenamiento¹⁸.

En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Ávila, Sec. 1.ª, de 31 de enero de 2013 que señala¹⁹:

«Respecto de la cancelación de la operación lo mismo cabe decir. De sobra se conocía y se conoce que los bancos, cuando se cancela un préstamo normal se cobra comisión en la forma preestablecida. Aquí ocurre lo mismo. En todos los supuestos los Bancos quieren tener la garantía de que sus operaciones en activo y en pasivo van a ser duraderas en el tiempo para sufragar sus gastos fijos y asegura, pese a los riesgos, ciertas ganancias. Siempre ha ocurrido así, y lo mismo cabe decir de la actividad empresarial del recurrente».

Con criterio similar la SAP Zaragoza, Sec. 5.ª, de 3 de abril de 2012 declara²⁰:

«Sobre la suficiencia de la remisión a valor de mercado a los fines de información sobre el coste de cancelación de permutas financieras, esta sala ha afirmado, en la sentencia que puso término al litigio seguido entre CAÑASECA SL y la aquí demandada que:

«Luego, a juicio de este Tribunal, los términos de la cláusula de cancelación anticipada son claros en cuanto que se remiten al precio y condiciones de mercado en el momento de proceder a la cancelación del producto financiero contratado, lo que excluye cualquier posible confusión mediante una lectura medianamente atenta por el contratante, máxime en atención a las condiciones personales que concurren en el representante legal de la actora, que, como ha quedado debidamente acreditado, incluso, había suscrito anteriormente otro contrato de permuta financiera, prácticamente idéntico al impugnado, lo que permite suponer la existencia de unos conocimientos previos en relación con el contrato objeto de litigio».

Otro sector doctrinal se ha mostrado particularmente contrario a la validez de esta clase de provisiones, llegando a afirmar:

«Sin embargo ello no es así puesto que incide directamente sobre el resultado económico del contrato, y la jurisprudencia reconoce como suficiente para determinar la nulidad del contrato la ausencia de información sobre el coste de cancelación y su cálculo»²¹.

Como señala el comentado sector doctrinal, la jurisprudencia menor ha estimado mayoritariamente las pretensiones de anulación de los swaps por la concurrencia de un error sobre la cláusula de cancelación (aunque generalmente se declara que el error también se padece sobre otros elementos del contrato), indicando en muchos pronunciamientos el carácter abusivo de la cláusula y la falta de información sobre este aspecto²². Así la SAP de Lugo, Sec. 1.ª, de 2 de febrero de 2011 comenta:

«Finalmente señalar como típico caso de oscuridad que va en contra y transgrede la normativa no solo contractual en general sino la específica en casos como el presente, es la contenida en la cláusula cuarta del contrato (folio 21 de las actuaciones) cuando afirma que el cliente podrá desistirse del contrato avisando con antelación (...) y en estos casos el banco procederá a repercutir al cliente el importe que resulte de los cálculos que se tengan que efectuar para llevar a cabo la cancelación anticipada, fórmula que hace imposible la determinación del importe de la cancelación aun en supuestos de clientes con mayores conocimientos financieros».

De manera similar la SAP Baleares, Sec. 4.^a, de 23 de octubre de 2014²³:

«A la falta de esta esencial información se le une la absoluta desinformación sobre el cálculo del coste de la cancelación anticipada del swap, al no proporcionar los datos informativos necesarios para que el actor pudiera comprender el previsible cargo que se efectuaría en su cuenta en el caso de que decidiese hacer uso de dicha facultad, que también se considera de relevante transcendencia en orden a la formación de la voluntad negocial y a la decisión de prestar consentimiento a la suscripción del contrato objeto de este procedimiento.

Por ello hemos de subrayar, que el error recae sobre condiciones esenciales del contrato, como son sus consecuencias económicas en el ejercicio de facultades reconocidas en el mismo; no es imputable a quien lo padece, excusable, por ser imprevisible e inevitable para quien incurre en el error, en el desconocimiento o conocimiento equivocado de aspectos esenciales del contenido contractual, y su relación causal con el negocio concertado, y su finalidad, que para el cliente era la de disminuir los perjuicios que pudieran derivarse de las fluctuaciones de los tipos de interés variable, que estaban al alza; que se vio frustrada ante la situación contraria, sin que de la lectura del contenido del contrato se desprendieran las consecuencias perjudiciales realmente producidas ni informadas sobre ellas».

Nótese que en todo caso también podría postularse directamente la nulidad de la permuta financiera por el incumplimiento de la normativa bancaria que establece el deber informativo con base en el artículo 6.3 del Código Civil²⁴. Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece haber rechazado tal posibilidad²⁵.

Por lo tanto, puede concluirse que hay dos posicionamientos sobre esta clase de cláusulas, siendo el mayoritario el que postula su nulidad, ya sea con base en la normativa de condiciones generales de la contratación, de consumidores, de regulación bancaria o simplemente por la concurrencia de un error en la contratación que recae sobre este elemento.

En todo caso, parece que podría diferenciarse la invalidez de este tipo de provisiones por vulneración de normativa, del hecho de que el cliente que ha contratado el *swap* entienda efectivamente este concepto de valor de mercado, que de por sí no es complejo, aunque sí lo sea la manera de calcularlo. Así la fórmula de cálculo generalmente no es comprensible ni puede aplicarse por la mayoría de los clientes. Y tal concurrencia del error; al igual que la oscuridad de la concreta cláusula, nuevamente dependerá de las circunstancias y los hechos de cada caso.

III. PRINCIPALES PRONUNCIAMIENTOS DEL ALTO TRIBUNAL SOBRE LAS CLÁUSULAS DE CANCELACIÓN ANTICIPADA DE LOS SWAPS

1. STS DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2012

A) *Origen del pleito y sus antecedentes*

En este caso dos personas físicas suscribieron una permuta financiera con un banco el 22 de octubre de 2007²⁶. En la demanda se solicitaba que se declarase que no se había celebrado el contrato litigioso y que como consecuencia de lo anterior, la entidad financiera debía devolver las cantidades indebidamente cobradas. De forma subsidiaria, se instaba a que se declarara que el banco no

estaba legitimado para cobrar las cantidades indebidamente cargadas por la cancelación del contrato, debiendo devolver los importes cobrados por ese concepto. Finalmente se solicitaba la condena en costas²⁷.

En el escrito rector se sostenía que los demandantes celebraron un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda junto con un contrato regulador del interés generado por el préstamo denominado «intercambio de tipos/cuotas». Dicho contrato tenía por finalidad neutralizar el riesgo que podía implicar la variación del tipo de interés de referencia en el préstamo²⁸.

Se argumentaba que el funcionamiento de la relación contractual se desarrolló sin especiales incidencias hasta que en enero del año 2009 los actores comprobaron que el banco les cargaba unos importes más elevados de los habituales²⁹.

Ante la negativa de la entidad financiera a conceder lo planteado en diversas reclamaciones presentadas por los actores, estos requirieron al banco a que dejara sin efecto el controvertido negocio jurídico³⁰.

La entidad financiera les respondió que debido a su disconformidad lo que procedía era cancelar totalmente el contrato, para lo cual les ofreció un documento donde constaba que se les iba a cargar 3.314,65 euros en concepto de cancelación del instrumento financiero. Este documento según lo sostenido en la demanda no fue aceptado³¹.

A este respecto, conviene recordar que la cancelación anticipada estaba regulada en la cláusula sexta del *swap* litigioso. En ella³², tras una mención de los supuestos en los que *«las partes podrán resolver el presente contrato anticipadamente»* — *«la amortización total del préstamo [...]»; la reducción del plazo del préstamo por debajo del plazo pactado para el intercambio»*; y la *«resolución voluntaria del intercambio»* por parte del cliente o del banco, se contenía una relación de las cuatro causas por las que la entidad financiera podría resolver unilateralmente el contrato: *«la falta de pago por el cliente [...]»; el incumplimiento por parte del cliente de cualquiera de las obligaciones contraídas [...]»; la comprobación de la falsedad, ocultación o inexactitud en los datos o documentos facilitados por el cliente»*; y *«la variación sustancial de las circunstancias que sirvieron de base a la formalización de la operación»*.

A continuación la permuta financiera disponía que *«en estos casos, se procederá a la correspondiente liquidación positiva o negativa en la cuenta del cliente, en función de las condiciones existentes en el mercado de tipos de interés en el momento en que se produzca la mencionada resolución»*. Asimismo se indicaba que la resolución anticipada del contrato conlleva gastos para el banco que podían ser repercutidos al cliente.

El banco contestó a la demanda alegando (entre otras cuestiones) que cuando los demandantes optaron por el intercambio de tipos por cuotas, sabían anticipadamente qué es lo que debían pagar cada mes, asumiendo el riesgo de que los intereses bajasen. En consonancia con lo anterior, se sostuvo que el contrato estaba debidamente perfeccionado y que los actores habían sido convenientemente informados sobre el producto litigioso³³.

La sentencia de primera instancia fue favorable para el demandado y la de segunda instancia para los actores³⁴.

Frente a la mencionada resolución de segunda instancia, la entidad financiera planteó el recurso de casación al amparo del artículo 477.2 de la LEC³⁵ con base en las vulneraciones de los artículos 1281, 1285, 1286, 1287 y 1288 del Código Civil³⁶. Los motivos referidos se centraban en la interpretación de las cláusulas reguladoras de la cancelación anticipada del *swap*³⁷.

B) *Doctrina de especial interés contenida en esta sentencia*

El Tribunal Supremo desestimó todos los motivos planteados por la entidad financiera por entender que la interpretación realizada por el Tribunal de apelación de la cláusula sexta no era contraria a la legalidad. En concreto señala que³⁸:

«la cláusula sexta no es clara, que en los “datos particulares del presente intercambio”—cláusula decimocuarta— no se menciona el litigioso cargo y que cualquier posibilidad de integración al alcance de los adherentes hay que entenderla limitada por la falta de identificación mínima de la causa de la deuda y —como se dice en la sentencia recurrida— por la omisión en la redacción del documento de una referencia específica de cálculo del coste asociado a dicha operación.

(...)

En tal situación la compleja redacción del documento en que se consignó el contrato no justifica afirmar que los prestatarios aceptaron pagar un “cargo por cancelación”, pese a no venir establecido claramente en la cláusula sexta ni aparecer mencionado, en la decimocuarta, entre los datos de identificación de la operación, por el hecho de que, con ocasión de regular otros supuestos, las cláusulas tercera y quinta contemplaran la posibilidad de repercutir en la cuenta del cliente los gastos adicionales o la de efectuar una liquidación, positiva o negativa, en la misma, en función de lo que aconteciera en el mercado de tipos de interés.

(...)

No se explica en que resulta disconforme con la naturaleza y efectos del contrato entender que, producida su extinción, los prestatarios no deban un poco expresivo cargo por cancelación que no aparece claramente pactado; ni se justifica la existencia de unos usos que, en tal concreta circunstancia y de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los respectivos contratantes, hagan recaer en el cliente el discutido cargo».

Por consiguiente, de los extractos reproducidos se puede inferir que:

- El Alto Tribunal no se pronuncia sobre la validez de la cláusula del coste de cancelación, puesto que solo confirma como «legal» la interpretación efectuada en la instancia, en el sentido de entender que dentro de los supuestos en los que la entidad financiera podía cargar el coste de cancelación en virtud de la estipulación examinada no se encontraba el de la resolución unilateral o de mutuo disenso. Lo cual, teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo expresamente indicó en esta resolución que se debía aplicar toda la normativa que fuera aplicable aunque no se hubiera alegado en el recurso de casación, parece que podría llegar a considerarse como que el Alto Tribunal tácitamente admite tal configuración contractual de la cancelación anticipada. Y es que teniendo la oportunidad de pronunciarse sobre su potencial ilicitud a la luz de la normativa de consumidores, condiciones generales de la contratación y de contratación de instrumentos financieros, no lo hizo ni mencionó ninguna potencial irregularidad de la referida cláusula. Nótese que en ese sentido es ilógico analizar los criterios de interpretación de una cláusula que debe ser considerada nula por la potencial infracción de la citada normativa.
- La provisión que contemple la resolución anticipada debe identificar claramente los supuestos en los que el banco está facultado a cargar al cliente algún coste de cancelación, así como el criterio de cálculo asociado a dicha operación³⁹.

- El hecho de que se prevea expresamente en la permuta financiera la posibilidad de cargar un coste de cancelación en otros supuestos, no implica que deba interpretarse que la regulación contractual del coste de cancelación conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil obliga al cliente a abonar tal coste cuando se resuelve el *swap* unilateralmente o por mutuo disenso.
- Parece admisible justificar la interpretación del necesario cargo del coste de cancelación con base en la acreditación de unos usos del comercio. A este respecto conviene indicar que la doctrina con anterioridad a toda la litigiosidad que han generado las permutas financieras ya había indicado que en el caso de cancelación anticipada de un *swap* había que abonar el valor actual del mismo⁴⁰. No obstante, a pesar de ese margen que parece dejar el pronunciamiento *obiter dicta* reproducido de esta sentencia, parece cuestionable que en casos en los que se contrata la permuta financiera por un consumidor minorista pueda entenderse válida la interpretación y el cargo por el mero hecho de probar que existe un uso bancario que el cliente probablemente desconoce.
- La regla *contra proferentem* contemplada en el precepto 1288 del Código Civil se puede aplicar cuando la cláusula es oscura, como se entiende que sucede en el caso enjuiciado respecto a la estipulación de cancelación anticipada.

2. STS DE 14 DE FEBRERO DE 2014

A) Hechos y cuestiones procesales importantes

En este pleito la parte demandante era una empresa que había celebrado una permuta financiera de tipo de interés el 15 de noviembre de 2006 con motivo de la obtención de un préstamo hipotecario para comprar una nave y modernizar su explotación fabril⁴¹.

Para ello entró en contacto con el banco demandado, que le ofreció el *swap* junto a la posibilidad de suscribir el referido préstamo a tipo de interés variable.

Dentro del clausulado de la permuta financiera se especificaba que el vencimiento tendría lugar el 21 de noviembre de 2011 (más de 5 años después de su celebración). En concreto en la cláusula sexta de las condiciones generales se facultaba al cliente para «cancelar anticipadamente el producto en cualquiera de las fechas especificadas en las condiciones particulares (...) En este caso, el resultado económico de la cancelación vendrá determinado por las condiciones de mercado en el momento de la cancelación «o, en su caso, “en el de la solicitud”»⁴².

La compañía actora finalmente no suscribió el contrato de financiación con la entidad financiera demandada, pero sí concertó la permuta financiera. Por esa razón el *swap* empezó a operar autónomamente, aunque el préstamo finalmente se formalizó con otro banco⁴³.

El *swap* empezó a generar liquidaciones negativas para el cliente, por lo que este presentó una reclamación ante el servicio de atención del banco. El señalado servicio le contestó que podía proceder a resolver anticipadamente el contrato con un coste de cancelación de 92.675,16 euros⁴⁴.

Ante esta situación la empresa presentó demanda solicitando la anulación del *swap* por falta de causa y concurrencia de error o dolo⁴⁵.

La entidad financiera contestó a la demanda señalando la inexistencia de error o dolo, debido a que el contenido del contrato resultaba suficientemente descriptivo y a que la actora contaba con asesores fiscales y financieros⁴⁶.

La demanda se estimó en primera instancia⁴⁷. Tal sentencia se recurrió sin éxito por el banco⁴⁸. Frente a esta resolución la entidad financiera interpuso un recurso de casación por infracción de los artículos 78 bis) y 79 bis) de la Ley 24/1988⁴⁹ y los preceptos 72 y 73 del Real Decreto 217/2008⁵⁰, así como la vulneración de los artículos 1265 y 1266 del Código Civil en relación con el precepto 1281 del mismo Código⁵¹.

B) Pronunciamientos destacados de la resolución

En la sentencia se aborda la cuestión de si la resolución de segunda instancia había infringido los preceptos citados al aplicar una regulación que no estaba en vigor en el momento de la suscripción del contrato. Este motivo se desestima por entender que la resolución recurrida realmente no los aplica, sino que simplemente los menciona sin que constituyan la *ratio* de la decisión⁵².

A efectos de este artículo lo que verdaderamente interesa es su pronunciamiento sobre la ausencia de esencialidad del error que planteaba el banco. Este motivo sí es estimado, declarando el Alto Tribunal:

«En este caso y a la vista de la escasez de circunstancias concretas contempladas en la sentencia recurrida, no cabe entender que un defecto de oportuna información sobre el coste de cancelación anticipada de la operación financiera fuese la causa de un error esencial, en el sentido expuesto, y, por ello, con entidad para provocar la anulación de todo el contrato.

Entre otras razones, porque el ordenamiento posibilita depurar el defecto con remedios específicos que pueden operar sobre la propia cláusula o sobre sus efectos»⁵³.

Consecuentemente, según esta sentencia analizada no procede declarar la concurrencia de error en el consentimiento por falta de información sobre la cancelación anticipada debido a su falta de esencialidad y la existencia de otros mecanismos dentro del ordenamiento jurídico para depurar el potencial defecto informativo de la cláusula.

3. STS DE 3 DE DICIEMBRE DE 2015

A) Descripción de los antecedentes

En este litigio el supuesto de hecho se basa en que una mercantil suscribió en octubre de 2008 un contrato de *swap* de tipo de interés con un banco a tres años.

Una particularidad del caso consiste en que la permuta financiera se contrató a través de una conversación telefónica. En la conversación se especificó el nociónal, la fecha de inicio (10 de octubre de 2008), la periodicidad de las revisiones y liquidaciones, los tipos fijo y variable, así como que en 20 días se remitiría a la mercantil demandante la confirmación del contrato, siendo la orden irrevocable y sin posibilidad de desistimiento. Todos estos extremos fueron confirmados por el administrador único de la compañía demandada⁵⁴. El coste de cancelación anticipada no fue mencionado en la conversación telefónica, constando en uno

de los e-mails intercambiados la siguiente información (el banco) «ofrece al cliente la posibilidad de cancelación anticipada de la presente operación. La cancelación anticipada de esta operación se realizará a valor de mercado y puede ocasionar al cliente una pérdida económica que implique un desembolso de dinero superior al posible beneficio obtenido hasta ese momento»⁵⁵.

Como continuación de la conversación telefónica, el 27 de octubre de 2008 la compañía demandada recibió el documento de confirmación del contrato, al que contestó que no aceptaba la contratación. La entidad financiera respondió que el coste de cancelación anticipada era de aproximadamente 665.000 euros que no fueron abonados, continuando la vigencia del *swap*⁵⁶.

Ante esta tesitura, el banco interpuso demanda contra la mercantil ejercitando una acción de cumplimiento contractual en la que pedía que se condenara a aquella a abonar 1.194.618,34 euros correspondientes a las liquidaciones negativas acumuladas. La empresa demandada formuló reconvencción instando la declaración de inexistencia del contrato de permuta financiera por no haber sido objeto de confirmación por parte de ellos. Asimismo, se pedía subsidiariamente la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, como consecuencia del incumplimiento del banco de su deber de información⁵⁷.

La resolución de primera instancia declaró la nulidad por no haber constancia de la confirmación de la demandada de la contratación y por concurrir error en el consentimiento por la ausencia de información concreta sobre el coste de cancelación⁵⁸.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por la entidad financiera y confirmó el pronunciamiento de primera instancia⁵⁹.

B) Principales aspectos de la sentencia

La sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por el banco con base en los artículos 1261, 1262 y 1278 del Código Civil y 54 del Código de Comercio, argumentando que el *swap* había quedado perfeccionado mediante la conversación telefónica en la que concurrió oferta y aceptación y que no se había producido un error en la contratación⁶⁰.

Respecto a la primera de las cuestiones, (que no es objeto de estudio en este artículo), el Alto Tribunal estimó el motivo, al entender que la permuta financiera se había perfeccionado, ya que la ausencia de confirmación escrita no es un requisito de forma *ad solemnitatem*, ni existe una facultad de desistimiento en estos productos financieros⁶¹.

En cuanto al segundo argumento de la entidad financiera, el Tribunal Supremo lo desestima apreciando la concurrencia de error en el consentimiento al no haberse facilitado información sobre los costes aproximados de la cancelación anticipada, considerando que tal información recae sobre un elemento esencial del contrato y, en particular, sobre los concretos riesgos del producto financiero. A este respecto en la sentencia se señala⁶²:

«[L]a ausencia de esta información, cuando se ofrece expresamente la posibilidad de cancelación anticipada, en una operación financiera que durante un periodo largo de tiempo (3 años) se somete a las fluctuaciones del mercado, podemos entender que afecta a un elemento esencial y es susceptible de propiciar el error en el cliente sobre este aspecto. Este error, además de ser sustancial, en cuanto que bajo el conocimiento de las condiciones de cancelación no hubiera concertado el

producto, era excusable en atención a los especiales deberes de información que el artículo 79 bis 3 LMV impone al banco al comercializar este tipo de productos financieros complejos».

Sin perjuicio que pueda sorprender la falta de alusión a la experiencia y conocimientos en materia de inversión que tenía el administrador único de la sociedad al evaluar la excusabilidad del error, de la doctrina contenida en este pronunciamiento se tiene que destacar que se considera que las condiciones de cancelación constituyen un elemento esencial sobre el que puede recaer el error en el consentimiento, contraviniendo lo declarado anteriormente en la STS de 17 de febrero de 2014.

4. OTRAS RESOLUCIONES DEL ALTO TRIBUNAL RELEVANTES EN LA MATERIA. CONCRECIÓN DEL CONTENIDO DEL CORRESPONDIENTE DEBER INFORMATIVO POR PARTE DEL TRIBUNAL SUPREMO

A pesar del criterio inicial establecido en la STS de 17 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo parece haberse decantado claramente por el posicionamiento reflejado en la STS de 3 de diciembre de 2015, que ha sido también sostenido en otros pronunciamientos anteriores y posteriores.

Así en la STS de 15 de septiembre de 2015⁶³ de una manera muy detallada y completa indica:

«Más sentido tiene, en este caso, el error en relación con el coste de la cancelación. Consta que del propio contrato no cabía deducir cuánto podía costarle al cliente cancelar anticipadamente el swap. De hecho, el tribunal de instancia, al valorar la prueba, refiere que ni siquiera los empleados del banco que comercializaban el producto sabían cómo operaba la regla para el cálculo del coste de cancelación. Y lo acaecido con los tres primeros contratos de swap justificaba que la demandante, al concertar el cuarto swap, no pudiera representarse un coste de cancelación tan oneroso como el que le liquidó el banco cuando decidió resolver el contrato de forma anticipada.

Cuando un contrato de las características del swap, que se concierta por un tiempo determinado y tiene ese componente aleatorio, prevé la posible resolución anticipada a instancia de una de las partes, es lógico que para el cliente el coste de la eventual cancelación pueda formar parte de las condiciones o circunstancias que inciden sustancialmente en la causa del negocio. La información que el cliente necesita conocer para representarse de forma adecuada las características del producto (el swap de intereses que concertaba en cada caso) y sus concretos riesgos, no tiene por qué quedar limitada a la eventual onerosidad de las liquidaciones negativas, sino que también podría alcanzar al coste que le podría suponer al cliente, por ejemplo en un periodo de bajada de intereses, la cancelación del swap, cuando dicho coste sea muy elevado e imprevisible para el cliente.

Es lógico que el cálculo del coste de cancelación pueda depender de indicadores concretos que no se conocen en el momento de la firma del contrato, y por ello no pueda cifrarse de antemano con detalle. Pero cuando menos el banco debía informar sobre los costes aproximados, dependiendo lógicamente de diferentes parámetros, entre ellos el momento en que se solicita la cancelación. El banco no puede informar del coste exacto de cancelación en cada momento de la duración

del contrato, pero sí ha de dar una referencia genérica y aproximada, que pueda permitir al cliente hacerse una idea de cuanto podría costarle la cancelación y el riesgo que con ello asume.

(...)

No podemos negar que el conocimiento de este eventual coste de cancelación fuera relevante a la hora de concertar el swap. Formaba parte de los riesgos de la contratación del producto, máxime cuando las dos primeras cancelaciones no habían generado ningún coste, y el coste de la tercera cancelación (56.116,41 euros) era una suma proporcionada con las liquidaciones que había arrojado para una y otra parte ese tercer swap (134.200 euros a favor del banco y 145.446 euros a favor del cliente). Es comprensible que al cliente le sorprendiera el importe de esta penalización, que difícilmente podía haberse representado de antemano, cuando firmó el contrato, y que al hacer muy gravoso el desistimiento podría haber tenido una incidencia relevante a la hora de prestar consentimiento al contrato.

Por eso, en este caso, y referido únicamente al cuarto contrato de swap, podemos concluir que existió error vicio en su contratación. A la vista de los previos contratos y de la parquedad al respecto del contrato de swap, el desconocimiento de que la cancelación anticipada del swap podía reportarle un coste como el que le liquidó el banco, muestra que el cliente no pudo representarse que pudiera llegar a ser tan onerosa la cancelación. Esta circunstancia que afecta a un elemento esencial del negocio, los riesgos de la cancelación anticipada, incide en la relevancia del error, que además es excusable, porque no informaba de ello el contrato, ni tampoco consta que lo hiciera el banco antes de la contratación, y a tenor de cómo se habían desarrollado las cancelaciones de los anteriores, está justificado que no pudiera imaginarse un coste tan oneroso».

Por su parte la STS de 22 de octubre de 2015 comenta⁶⁴:

«También es necesaria una información suficientemente precisa y clara sobre el coste de cancelación anticipada del swap, que tampoco se facilitó en este caso».

Con un sentido similar la STS de 10 de noviembre de 2015 dice:

«Con estas limitaciones, no cabe apreciar que la resolución de la Audiencia (sentencia y auto complementario) haya llegado a conclusiones arbitrarias o ilógicas desde un punto de vista fáctico, una vez que da por probado, con parca pero suficiente explicación argumental, que la cláusula de vencimiento anticipado no contenía realmente las reglas que regirían la determinación del coste de cancelación anticipada del contrato y que ello quedaba al arbitrio de una de las partes, el banco recurrente».

De forma similar en la STS de 20 de noviembre de 2015⁶⁵ se indica:

«Hemos declarado también en anteriores sentencias que el banco debe suministrar al cliente una información clara y correcta sobre la forma de calcular el coste de cancelación anticipada de los productos. Esta información tiene carácter esencial por cuanto que la cancelación anticipada no es una eventualidad anormal en el contrato de swap y de hecho se prevé expresamente la liquidación de la cantidad a pagar en tal caso.

La Sala considera incorrecta la valoración jurídica que la Audiencia Provincial ha realizado sobre la suficiencia de la información facilitada acerca del coste de

cancelación, pues carece de una mínima concreción la fórmula consistente en que el banco determinará la cantidad a abonar por el cliente o por la entidad bancaria “de acuerdo con los precios de mercado existentes en ese momento, para una operación hipotética con las mismas condiciones económicas y de pago que la Operación, y por un plazo equivalente al que medie entre las fechas del vencimiento anticipado y del vencimiento pactado inicialmente para la Operación”».

En esa misma línea la STS de 29 de diciembre de 2015 sostiene que⁶⁶:

«Aunque la entidad recurrente lleve razón al afirmar que el contrato litigioso («collar») tuvo su antecedente en otro contrato previo de swap, al que novó extintivamente, y de ahí provenga la coincidencia del notional; e incluso compartiendo también que la prueba practicada en la instancia, revisada conforme al artículo 456.1 LEC (EDL 2000/77463), no permite afirmar la existencia de dolo, lo cierto es que dicha prueba pone de manifiesto, como se desprende del análisis antes realizado, que la entidad financiera incumplió palmariamente sus obligaciones legales de información y ello indujo a error al cliente sobre dos extremos esenciales: los verdaderos riesgos del producto en caso de bajada de los tipos de interés y el riesgo inherente a un alto coste de cancelación.

(...)

En consecuencia, dado el completo déficit de información al cliente y la total ausencia de comprobaciones por parte de la entidad financiera sobre la adecuación del producto a su perfil, así como la omisión de una información suficiente sobre los riesgos de que los tipos de interés bajaran por debajo del límite inferior pactado («floor») y sobre el coste de cancelación del producto, existió un error en el consentimiento de «22 Arroba San Cugat, S.L.» que tiene un efecto invalidante del contrato, conforme a los artículos 1265 y 1266 del Código Civil, tal y como correctamente apreció la sentencia de primera instancia».

Por consiguiente, el Tribunal Supremo está asentando un criterio jurisprudencial claro de que las cláusulas de resolución anticipada tienen que proporcionar más información que una simple remisión al valor de mercado, pudiendo originar tal deficiencia informativa un error en un elemento sustancial del contrato que permite anular la totalidad la permuta financiera.

A este respecto el Alto Tribunal ha precisado que la entidad financiera debe informar de manera clara y correcta de la forma de calcular el coste de cancelación (STS de 20 de noviembre de 2015), suministrando al cliente una referencia genérica y aproximada del mismo (STS de 15 de septiembre de 2015). Lo cual es aparentemente coherente con lo establecido en el artículo 24.1.c.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios que expresamente establece que hay que informar sobre *«la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia»*. Aunque conviene resaltar que dicha normativa no resulta de aplicación en la mayoría de los casos comentados y los enjuiciados, puesto que entró en vigor el 29 de abril de 2012 (y los swaps litigiosos suelen haberse celebrado antes).

Sin perjuicio de lo anterior, debe indicarse que puede resultar algo contradictorio tener que informar de una fórmula de cálculo que debido a su complejidad y los elementos que precisa su aplicación, no es entendible ni aplicable por un amplio sector de los clientes bancarios.

IV. CONCLUSIONES

Según lo explicado previamente, de las sentencias del Alto Tribunal analizadas, así como de la jurisprudencia menor y la doctrina que se ha pronunciado sobre las cláusulas de cancelación anticipada de las permutas financieras, pueden inferirse las siguientes conclusiones:

I. Una de las cuestiones recurrentemente alegadas en las controversias sobre *swaps* es la validez o concurrencia de error en la contratación respecto a las estipulaciones de terminación anticipada. En este sentido suele alegarse la existencia de un incumplimiento informativo sobre este elemento del contrato que provoca el error en quien contrata el derivado financiero.

II. La mayoría de las sentencias de las Audiencias Provinciales y algunos autores estiman que, por regla general, este tipo de provisiones contractuales en las que habitualmente solo se informa que se puede cancelar a valor de mercado, incurrir en una infracción de la obligación informativa de la entidad comercializadora que, o bien genera directamente la nulidad del contrato por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil, o bien causa la anulación del derivado financiero por la concurrencia de un error en el consentimiento sobre un elemento esencial del negocio jurídico. Sin perjuicio de lo anterior, hay un sector doctrinal y jurisprudencial minoritario que postula que tal configuración de las cláusulas de cancelación anticipada no conlleva *per se* una vulneración normativa o la concurrencia de un error en el consentimiento.

III. Conforme a la STS de 15 de noviembre de 2012 las cláusulas de resolución anticipada deben identificar claramente los supuestos en los que el banco está facultado a cargar al cliente algún coste de cancelación, así como el criterio de cálculo asociado a dicha operación. Además esta sentencia indica que el hecho de que se prevea expresamente en el *swap* la posibilidad de cargar un coste de cancelación en otros supuestos, no implica que deba interpretarse que la regulación contractual del coste de cancelación conforme a los artículos 1281 y siguientes del Código Civil obliga al cliente a abonar un coste de cancelación cuando se resuelve el *swap* unilateralmente o por mutuo disenso. En este sentido operaría la regla *contra proferentem* establecida en el artículo 1288 del Código Civil cuando se considera que la referida cláusula es oscura.

IV. La STS de 17 de febrero de 2014 señala que la provisión que regula la terminación anticipada del contrato no constituye un elemento esencial del mismo sobre el que pueda recaer un error. No obstante, varios pronunciamientos posteriores como las SSTS de 15 de septiembre de 2015, de 22 de octubre de 2015, de 10 de noviembre de 2015, de 20 de noviembre de 2015, de 3 de diciembre de 2015 y de 29 de diciembre de 2015 alcanzan la conclusión contraria en supuestos relativamente similares. Por lo tanto, puede entenderse que hay un posicionamiento claro y unívoco del Tribunal Supremo sobre la insuficiencia de la remisión al abono del valor de mercado en caso de resolución anticipada, así como respecto al carácter esencial de las cláusulas de cancelación anticipada de los *swaps* a efectos de declarar un posible error en la contratación.

V. El Alto Tribunal ha precisado que se debe informar al cliente de manera clara y correcta del modo de calcular el coste de cancelación (STS de 20 de noviembre de 2015), debiendo proporcionar una referencia genérica y aproximada del mismo (STS de 15 de septiembre de 2015).

V. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, J. L. (2009). *Tratado de Mercantil*, vol. 5, 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.
- MANSO OLIVAR, R. (1996). *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid.
- MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona.
- MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los *swaps*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737.
- PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. y VALENZUELA GARACH, J. (2013). Las operaciones bancarias neutras o de gestión. En: JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.), *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.º, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.
- VEGA VEGA, J. A. (2002), *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor.
- ZAMORANO ROLDÁN, S. (2003). *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F. (direc.) (2001). *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid.

VI. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 20 de mayo de 1985.
- STS de 17 de octubre de 1987.
- STS de 22 de diciembre de 2009.
- STS de 15 de noviembre de 2012.
- STS de 17 de febrero de 2014.
- STS de 15 de diciembre de 2014.
- STS de 15 de septiembre de 2015.
- STS de 22 de octubre de 2015.
- STS de 10 de noviembre de 2015.
- STS de 20 de noviembre de 2015.
- STS de 3 de diciembre de 2015.
- STS de 29 de diciembre de 2015.
- STS de 3 de junio de 2016.

PRONUNCIAMIENTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 6 de octubre de 2010.
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 28 de marzo de 2011.
- SAP de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011.
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2011.
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 24 de mayo de 2011.
- SAP de Navarra, Sec. 3.^a, de 31 de mayo de 2011.
- SAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011.
- SAP de Madrid, Sec. 18.^a, de 4 de noviembre de 2011.
- SAP de Asturias, Sec. 7.^a, de 21 de noviembre de 2011.
- SAP de Barcelona, Sec. 5.^a, de 26 de enero de 2012.
- SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 14 de febrero de 2012.
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 29 de marzo de 2012.
- SAP de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012.
- SAP de Alicante, Sec. 8.^a, de 21 de diciembre de 2012.
- SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.
- SAP de Barcelona, Sec. 1.^a, de 4 de noviembre de 2013.
- SAP de Baleares, Sec. 4.^a, de 18 de febrero de 2014.
- 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 Baleares, Sec. 4.^a, de 23 de octubre de 2014.
- SAP de Las Palmas, Sec. 4.^a, de 27 de octubre de 2014.

NOTAS

¹ Vid. PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, Zunzunegui Pastor, F. (dir.) (2001). *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*, Colex, Madrid.

² Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L. (2011). *Nulidad de los contratos Swap en la jurisprudencia*, Eolas; MARÍN NARROS, H. D. (2013). Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737; JUAN GÓMEZ, M., 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; REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723.

³ Cfr. MARÍN NARROS, H. D., «Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps», *op. cit.*; GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, 117 y sigs.

MARÍN NARROS, H. D. y CÁRDENAS GÁLVEZ, F. J. (2014). *Compendio y análisis de los principales pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia financiera*, Bosch, Barcelona, 153.

⁴ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, 117 y sigs.; MARÍN NARROS, H. D., Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *op. cit.*

⁵ Así, la STS de 15 de septiembre de 2015 y SAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 14 de febrero de 2012, que comenta que la «(Confirmación de la Permuta Financiera de Tipos de Interés («Swap Bonificado Reversible Media»), confirmación de los efectos establecidos en el anterior, referida a “permuta financiera de los tipos de interés” (f. 49 y sigs., 162 y sigs.), en cuyos anexos de funcionamiento se informa de los riesgos del producto, así como los costes —lógicamente, imposibles de cuantificar “de futuro”, al perfeccionarse el contrato, aunque constando los parámetros para dicha cuantificación en el Contrato Marco— que pueden producirse en caso de cancelación anticipada».

⁶ Cfr. a favor de su nulidad SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 6 de octubre de 2010, de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 21 de noviembre de 2011,

de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Lugo, Sec. 1.^a, de 2 de mayo de 2011, de Valladolid, Sec. 3.^a, de 24 de mayo de 2011, de Navarra, Sec. 3.^a, de 31 de mayo de 2011 y de Alicante, Sec. 8.^a, de 21 de diciembre de 2012. En contra SSAP de Barcelona, Sec. 13.^a, de 14 de febrero de 2012, de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sec. 18.^a, de 4 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012, de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.

⁷ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *El Contrato de Permuta Financiera (Swap)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 77 y 78, PÉREZ SERRABONA GONZÁLEZ, J. L. y VALENZUELA GARACH, J. (2013). Las operaciones bancarias neutras o de gestión. En: J. Jiménez Sánchez, G. y Díaz Moreno, A. (coords.), *Derecho Mercantil. La contratación mercantil*, V. 7.^o, 15.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 173, y GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, pp. 780 y sigs., que considera que son contratos sometidos a término esencial.

⁸ Cfr. GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, p. 789. En contra, VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, p. 78.

⁹ Cfr. STS de 3 de diciembre de 2015.

¹⁰ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 147 y sigs., GARCÍA LASTRES, J. L., *op. cit.*, *Tratado de Mercantil*, V. 5, Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2009, p. 789, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Contratos. Principios de Derecho Civil*, T. III, 12.^a ed., Marcial Pons, Madrid Barcelona, 2009, pp. 148 y sigs.

¹¹ Cfr. Resolución del expediente R-200901046 de 24 de junio de 2009 del Banco de España, en la que se dice «desde un punto de vista técnico-financiero es admisible la argumentación de la entidad cuando justifica que la cancelación anticipada de la permuta financiera tiene un coste: el coste que la propia entidad asumiría, en su caso, por cancelar el instrumento de cobertura que hubiera utilizado con el objeto de cubrir su posición».

¹² Cfr. STS de 15 de noviembre de 2012.

¹³ Cfr. Resolución del expediente R-200901046 de 24 de junio de 2009 del Banco de España.

¹⁴ Cfr. Resolución del expediente R-201000335 en la que se comenta: «dada la fluctuación de los mercados, no se cuantifica el coste de cancelación, ni se ofrece fórmula de cálculo de la misma, sin que tal circunstancia pueda ser considerada una mala práctica bancaria». Aunque actualmente sí parece que hay que suministrar parte de dicha información, puesto que el artículo 24.1.c.3 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente en servicios bancarios (que no es aplicable a los swaps suscritos antes de su entrada en vigor) expresamente dispone que hay que informar sobre «la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia».

¹⁵ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 153 y sigs., MANSO OLIVAR, R. (1996). *Los contratos de permuta financiera como coberturas del riesgo de interés*, CEES ediciones, Madrid, pp. 87 y sigs.

¹⁶ Cfr. SSAP de Castellón, Sec. 3.^a, de 26 de septiembre de 2011, de Madrid, Sec. 18.^a, de 4 de noviembre de 2011, de Zaragoza, Sec. 5.^a, de 3 de abril de 2012, de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.

¹⁷ Cfr. SAP de Ávila, Sec. 1.^a, de 31 de enero de 2013.

¹⁸ Cfr. MARÍN NARROS, H. D., Los principales aspectos controvertidos en la litigiosidad de los swaps, *op. cit.*

¹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

²⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

²¹ Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, p. 117.

²² Cfr. SSAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 6 de octubre de 2010, de Álava, Sec. 1.^a, de 14 de abril de 2011, de Asturias, Sec. 7.^a, de 21 de noviembre de 2011, de Baleares, Sec. 4.^a, de 23 de octubre de 2014, de Las Palmas, Sec. 4.^a, de 27 de octubre de 2014, SJPI de Vilanova i la Geltrú de 11 de enero de 2016. De hecho alguna de esas sentencias y la doctrina entiende que la nulidad de dicha cláusula implica la nulidad de todo el negocio jurídico. Cfr. GARCÍA ANGULO, B. L., *op. cit.*, pp. 117 y sigs. Lo cual es controvertido, puesto que puede resultar contrario con el tradicional principio del ordenamiento de la nulidad parcial

(«favor contractus» o el antiguo aforismo «*utile per inutile non vitiatur*») defendido por los autores y establecido expresamente en diversos preceptos, como el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Cfr. SSTs de 20 de mayo de 1985, de 17 de octubre de 1987, ZAMORANO ROLDÁN, S. (2003). *El contrato de swap como instrumento financiero derivado*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, p. 115. Por ello, algunas sentencias de Audiencias Provinciales han anulado únicamente la cláusula de cancelación y no todo el contrato. Cfr. SSAP Navarra, Sec. 3.ª, de 31 de mayo de 2011 y de Alicante, Sec. 8.ª, de 21 de diciembre de 2012.

²³ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

²⁴ Así lo han postulado algunos autores como REDONDO TRIGO, F. (2011). La nulidad absoluta de los derivados financieros por incumplimiento de la normativa MIFID, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723 y ha sido estimado por algunas sentencias en casos similares 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. Aunque parece que mayoritariamente tienden a desestimar esta pretensión siguiendo los postulados de la STS de 22 de diciembre de 2009. En este sentido pueden citarse 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 Oviedo, Sec. 1.ª, de 11 de abril de 2014. Particularmente sobre permutas financieras cfr. SSTs de 15 de diciembre de 2014 y de 3 de junio de 2016.

²⁵ Cfr. SSTs de 25 de diciembre de 2014 y de 3 junio de 2016.

²⁶ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

²⁷ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

²⁸ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

²⁹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

³⁰ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

³¹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero.

³² Cfr. Fundamento de Derecho Segundo de la STS de 15 de noviembre de 2012.

³³ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo.

³⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

³⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

³⁶ Una descripción más extensa de los mismos se encuentra en el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS de 15 de noviembre de 2012.

³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Primero de la STS de 15 de noviembre de 2012.

³⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

³⁹ Aunque la literalidad del texto reproducido de esta resolución es clara, hay que destacar que esta conclusión podría entenderse que no es del todo acorde con la siguiente manifestación contenida en la resolución comentada: «*en el último de los motivos se afirma también que la duda de que se trata de que se localizó el Tribunal de apelación no tanto en el sentido jurídicamente relevante de la cláusula sexta del contrato, cuanto en la omisión de una referencia a la causa del cargo y al método de su determinación. Lo cual no es exacto, al menos en el sentido excluyente con que el motivo parece haber sido redactado*» (Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 15 de noviembre de 2015). En cualquier caso, la afirmación reproducida permite entrever la ausencia de pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la validez de la causa del cargo y la determinación del mismo.

⁴⁰ Cfr. VEGA VEGA, J. A., *op. cit.*, pp. 153 y sigs., MANSO OLIVAR, R., *op. cit.*, pp. 87 y sigs. En esa línea hay que señalar que el Banco de España también se pronunció favorablemente sobre la licitud de este tipo de cláusulas (Resolución del expediente R-200901046 de 24 de junio de 2009). Este hecho también podría contribuir a demostrar el uso al que alude el Tribunal Supremo.

⁴¹ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴² Cfr. Antecedente de Hecho Segundo de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴³ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁴ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁵ Cfr. Antecedente de Hecho Primero de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁶ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁴⁷ Cfr. Antecedente de Hecho Tercero.

⁴⁸ Cfr. Antecedente de Hecho Cuarto.

⁴⁹ Ley 24/1988, de 28 de julio de, del mercado de valores. Actualmente derogado y sustituido por 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.

⁵⁰ Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión y por el que se modifica parcialmente el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre

⁵¹ Cfr. Antecedente de Hecho Segundo de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁵² Cfr. Fundamentos de Derecho Tercero, Cuarto y Quinto.

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto de la STS de 17 de febrero de 2014.

⁵⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Primero.

⁵⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Segundo.

⁵⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

⁵⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

⁶⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto.

⁶¹ Cfr. Fundamentos de Derecho Octavo y sigs.

⁶² Cfr. Fundamento de Derecho Decimotercero.

⁶³ Cfr. Fundamento de Derecho Undécimo.

⁶⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

⁶⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

⁶⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El viernes día 6 de mayo, ha tenido lugar en el Rectorado de la Universidad de Sevilla el acto de firma entre D. Miguel Ángel CASTRO ARROYO, Rector Magnífico de la Universidad de Sevilla, y D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, en su condición de Decano-Presidente del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, de un CONVENIO PARA LA CREACIÓN DE UNA CÁTEDRA DE DERECHO REGISTRAL.

La Cátedra tendrá por objetivo fundamental la promoción de actividades docentes y de investigación interdisciplinar vinculada al Derecho Registral que estudien la realidad, problemática y perspectivas del desarrollo de nuevas estrategias en este ámbito.

Igualmente fomentará en los jóvenes universitarios la mejora de su formación en distintos aspectos relativos a esa materia, ocupándose de desarrollar los programas formativos y las tareas de investigación que contribuyan a ello entre los estudiantes de la Universidad de Sevilla.

La Cátedra también potenciará trabajos académicos relacionados con el Derecho Registral.

Para el seguimiento de las actividades programadas por la Cátedra se ha constituido una Comisión Rectora, en la que participa el Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Los días 9 y 10 de junio de 2016 se celebraron en Sanlúcar de Barrameda (Cádiz), las IV JORNADAS INMOBILIARIAS DE ANDALUCÍA, organizadas por el Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

Día 9

Inauguración: Excmo. Sr. D. Antonio SANZ CABELLO, Delegado del Gobierno de España en Andalucía.

Ponencias:

«Los Catastros y las Ordenanzas del Estado en el Archivo General de la Fundación Casa Medina Sidonia», por la Excm. Sra. D.^a Liliane DAHLMANN, Presidenta de la Fundación Casa Medina Sidonia.

«La evolución del Catastro. Del Marqués de la Ensenada a un Catastro multipropósito», por D. Manuel Gonzalo ALCÁZAR MOLINA, Profesor de la Universidad de Jaén, Director del Master Catastro y Valoraciones Inmobiliarias.

«Coordinación de Catastro y Registro de la propiedad. Implicación del Agente de la Propiedad», por la Ilma. Sra. D.^a Belén NAVARRO HERAS, Directora General del Catastro, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; Ilmo. Sr. D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado, Ministerio de Justicia; D. Joaquín DELGADO RAMOS, Notario y Registrador de la propiedad de Santa Fe núm. 1 (Granada).

«Las últimas tendencias en el sector, hacia dónde y por qué», por D. Fernando GARCÍA ERVITI, Director del CRS en España.

«El contrato de intermediación inmobiliaria. Concepciones», por el Ilmo. Sr. D. Juan Luis PULIDO BEGINES, Catedrático de Derecho Mercantil, Decano de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la UCA (Universidad de Cádiz), Ilmo. Sr. D. Javier GARCÍA VALDECASAS-ALEX, Presidente del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, Presidente COAPI Granada, Doctor en Derecho.

«Los contratos preparatorios en el ejercicio de la intermediación», por D. José Manuel MANZORRO LÓPEZ, Diputado Tercero y Responsable de formación del Ilustre Colegio de Abogados de Cádiz; D. Francisco ROSALES DE SALAMANCA, Notario del Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Alcalá de Guadaíra (Sevilla).

Día 10

«El blanqueo de capitales en la actividad inmobiliaria. Responsabilidades del Agente de la Propiedad Inmobiliaria», por el Excmo. Sr. D. Fernando GRANDE-MARLASKA, Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

«Buscando la transparencia. Información registral MVI», por Ilmo. Sr. D. Diego GALIANO BELLÓN, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad en España; Ilmo. Sr. D. Manuel BERMUDO VALERO, Presidente del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Sevilla, miembro del Consejo Andaluz de COAPI, Arquitecto. «El derecho a la vivienda y la seguridad jurídica del consumidor inmobiliario», por el Ilmo. Sr. D. Javier GARCÍA VALDECASAS-ALEX, Presidente de Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, Presidente de COAPI Granada, Doctor en Derecho.

Ilma. Sra. D.^a Catalina MADUEÑO MAGDALENO, Secretaria General de Vivienda de la Junta de Andalucía; D. Jorge MUÑOZ CORTÉS, Socio Director del Departamento de Derecho Penal en Martínez-Echevarría Abogados, Magistrado en excedencia del TSJA, ha sido miembro del Servicio Especial de la Fiscalía de Ordenación del Territorio y Urbanismo de Andalucía; D. Miguel Ángel RUIZ ANILLO, Vicepresidente de la Unión de Consumidores de Andalucía UCA-UCE, Presidente de la Unión de Consumidores de Cádiz.

«Retos de la Sociedad. Cambio de paradigmas. Impactos en el Mercado Inmobiliario», por D. Francisco José PEREZ FRESQUET, Adjunto Rector Universidad Loyola de Andalucía, Profesor del Área de Marketing y Comercialización de la Universidad Loyola de Andalucía.

Clausura:

Excmo. Sr. D. Emilio DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Consejero de Justicia e Interior de la Junta de Andalucía.

Ilmo. Sr. D. Diego GALIANO BELLÓN, Presidente del Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad en España.

D. Javier GARCÍA VALDECASAS-ALEX, Presidente del Consejo Andaluz de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria.

EXTREMADURA

Los días 27 a 29 de abril de 2016 se celebró en Cáceres, el II CONGRESO INTERNACIONAL *APROXIMACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO SOBRE DERECHO DE FAMILIA: NUEVOS RETOS Y REALIDADES*.

Comité académico y organizador:

Presidente del Congreso: Dr. Antonio Manuel ROMÁN GARCÍA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura (UEX).

Director académico: Dr. Manuel PERALTA CARRASCO, Profesor Titular de Derecho Civil (acr.) UEX.

Director científico: Dr. Ángel ACEDO PENCO, Profesor Titular de Derecho Civil (acr.) UEX y coordinador de CEDDAL-España.

Coordinadores con los congresistas nacionales y extranjeros: Dr. Antonio SILVA SÁNCHEZ, prof. UEX y Dra. Dalia PERKUMIENE, prof.^a Kauno KOLEGIJA (República de Lituania).

Conferencia inaugural:

«Cuestiones del Derecho de Familia en la doctrina de la DGRN», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Ponencias:

«La evolución de los regímenes económico matrimoniales de comunidad hacia regímenes de tipo mixto», por Antonio M. ROMÁN GARCÍA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Extremadura (UEX).

«Evolución legislativa y jurisprudencial de la custodia compartida», por Eugenio LLAMAS POMBO, Catedrático Derecho Civil, Universidad Salamanca.

Presentación del libro «Separaciones y divorcios ante Notario», por José María GÓMEZ-RIESCO, Notario y Ángel ACEDO (UEX).

«Medidas cautelares penales y civiles en la violencia de género e intrafamiliar. Orden integral de protección», por Emilio CORTÉS BECHIARELL, Catedrático de Derecho Penal y abogado en ejercicio; María Félix TENA ARAGÓN, Presidenta de la Audiencia Provincial de Cáceres.

«Modificación de los delitos de violencia de género por la Ley Orgánica 1/2015 de modificación del Código Penal», por Ángel JUANES PECES, Vicepresidente del Tribunal Supremo.

«Derecho Colaborativo», por D. Juan Luis GÓMEZ JARILLO, Profesor de Derecho Civil de la Universidad CEU San Pablo Madrid; Helena SOLETO MUÑOZ, abogada, mediadora y Profesora de la Universidad Carlos III de Madrid.

MADRID

Los días 13 y 14 de abril de 2016, se celebraron en la Universidad Complutense de Madrid las JORNADAS 30 AÑOS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Inauguración: Juana PULGAR EZQUERRA, Catedrática de Derecho Mercantil, Directora del Departamento de Derecho Mercantil. UCM.

Conferencia Inaugural:

«Influencia e innovación en el ámbito jurídico: el significado de la Unión Europea», por Pedro DE MIGUEL ASENSIO, Catedrático de Derecho Internacional Privado, UCM.

Mesa redonda: *Derecho Bancario y Derecho Europeo*.

Moderador: Carmen ALONSO LEDESMA, Catedrática de Derecho Mercantil, UCM.

«El Sistema Europeo de Supervisión Financiera: su grado de implantación y desarrollo», por Alberto J. TAPIA HERMIDA, Catedrático (ac.) de Derecho Mercantil. UCM.

«De la transparencia a la conducta de mercado: evolución de la protección al cliente bancario», por Francisco JAVIER PRIEGO, Secretario General, ANCO de España.

«Una perspectiva jurídico-pública», por Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho Administrativo, UCM.

«Luces y sombras del nuevo paradigma regulatorio post-crisis», por José M.^a ROLDÁN ALEGRE, Presidente de la AEB.

Mesa redonda: *La Unión Europea y la evolución del Derecho de Sociedades*. Moderador: Mónica FUENTES NAHARRO, prof. cont. Dra. (ac. Tit.) de Derecho Mercantil, UCM.

«La política comunitaria en la simplificación del Derecho de sociedades: en particular las iniciativas sobre la SPE y la SUP», por Gaudencio ESTEBAN VELASCO, Catedrático de Derecho Mercantil, UCM.

«Medidas adoptadas por el Ministerio de Justicia en orden a la rápida constitución de sociedades sin merma de la seguridad jurídica preventiva», por Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

«El documento público como vehículo de los negocios jurídicos transfronterizos», por José Manuel GARCÍA-COLLANTES, Notario, Presidente del Colegio General del Notariado.

Mesa Redonda: *Derecho de La Competencia y Derecho Europeo*.

Moderador: Isabel FERNÁNDEZ TORRES, prof. contratada Doctora (ac. Tit.) de Derecho Mercantil, UCM.

«La prohibición del abuso de posición dominante», por Antonio ROBLES MARTÍN-LABORDA, Profesor Titular, Carlos III.

«La aplicación privada del Derecho de la competencia», por Ricardo ALONSO SOTO, Catedrático de Derecho Mercantil, UAM.

«Irradiación del Derecho de la Competencia sobre el Derecho Público Europeo», por J. M. BAÑO, catedrático de Derecho Administrativo, UCM.

«Las sanciones administrativas en el Derecho de la competencia», por José Carlos LAGUNA DE PAZ, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid.

«La lucha institucional contra el bid rigging», por Carmen CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, Subdirectora CNMC.

Mesa redonda: *Derecho Europeo y Contratación Pública y Privada*

Moderador: Juan SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. Catedrático de Derecho Mercantil, UCM.

«Competencia y elementos sociales en el Derecho europeo de los contratos públicos», por Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, Catedrático de Derecho Administrativo, UCM.

«La incidencia del Derecho europeo de la contratación en la lucha contra la corrupción», Silvia DEL SAZ CORDERO, Catedrática de Derecho Administrativo, UNED.

«La contratación hipotecaria y el Tribunal de Justicia de la UE», Vicente GUI-LARTE GUTIÉRREZ, Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valladolid.
«El futuro de un Derecho de contratos europeo», Carmen ALONSO LEDES-MA, Catedrática de Derecho Mercantil, UCM.

Conferencia de Clausura:

«La UE ante la crisis de su identidad y valores», por Álvaro GIL-ROBLES, Profesor Emérito de Derecho Administrativo, UCM. Exdefensor del Pueblo y Excomisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

Acto de Clausura: Raúl CANOSA USERA, Decano de la Facultad de Dere-cho, UCM.

El día 8 de junio de 2016, tuvieron lugar LOS ENCUENTROS INMOBI-LIARIOS *LAS ACTUACIONES URBANÍSTICAS SOBRE EL MEDIO URBANO*. *Nuevo marco para las actuales oportunidades de desarrollo urbanístico*, organi-zadas por el Despacho Jurídico y Urbanístico LASO & ASOCIADOS, en cola-boración con Arup, Asprima y el Observatorio inmobiliario y de la Construcción.

Bienvenida y Presentación:

Javier MARTÍN LÓPEZ, Director de Observatorio Inmobiliario.

Vicente LASO BAEZA, Socio-Director de Laso & Asociados. (Moderador).

Régimen legal de las actuaciones sobre el medio urbano.

«Las actuaciones sobre el medio urbano como nueva categoría legal».

«Actuaciones de transformación urbanística sobre el medio urbano».

«Actuaciones de reforma o renovación de la urbanización».

«Actuaciones de dotación».

«Actuaciones edificatorias sobre el medio urbano».

«Actuaciones de nueva edificación y de sustitución de la edificación».

«Actuaciones de rehabilitación edificatoria».

«Carácter de las iniciativas y la participación en las actuaciones sobre el medio urbano».

«El contenido del derecho de propiedad en las actuaciones en el medio urba-no: facultades y deberes»

Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN, Socio de Laso & Asociados.

Intervenciones urbanas estratégicas. Innovando territorios.

«Los grandes retos sociales, económicos y ambientales de la ciudad».

«Los diversos modelos de intervención en las ciudades existentes».
«La regeneración cantábrica».
«La rehabilitación urbana integrada».
«La graduación temporal de la actuación».
«Los modelos de actuación».
Flavio TEJADA, Associate Director ARUP.

Propuestas para una la formulación del planeamiento urbano en el futuro.
«El diseño de la ciudad, participación ciudadana vs. especialización».
«La iniciativa del planeamiento, publica vs. privada».
«El alcance del planeamiento, coherencia vs. flexibilidad».
«La ciudad en el territorio, municipio vs. el territorio».
«Las ciudades inteligentes, tecnología vs. humanismo».
«Plazos del planeamiento vs. una sociedad en cambio continuo».
Fernando MOLINER, Consejero Delegado de Activitas y Presidente de la Comisión
Técnica e Innovación de ASPRIMA

Los días 13, 14 y 15 de junio de 2016, se celebró un ENCUENTRO ENTRE MAGISTRADOS/AS ENCARGADOS/AS DE LOS REGISTROS CIVILES, NOTARIOS/AS Y REGISTRADORES/AS DE LA PROPIEDAD, organizado por el Consejo General del Notariado, el Consejo General del Poder Judicial y Registradores de España.

Codirección:
D.^a Alicia SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Magistrada del Registro Civil Exclusivo núm. 1 de Bilbao.
D.^a Concepción BARRIO DEL OLMO, Notaria de Madrid.
D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de España.
Director Técnico:
D. Carlos URIBE UBAGO, Magistrado, Director del Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial

Día 13:
Inauguración institucional:
Representante del CGPJ
D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.
D. José Manuel GARCÍA COLLANTES, Presidente del Consejo General del Notariado.

Conferencia: *Novedades legislativas en materia de Registro Civil y jurisdicción voluntaria.*

Ponente: D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

Presenta: D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de España.

Día 14:

Conferencia: *Novedades en materia de jurisdicción voluntaria.*

Ponente: D.^a Concepción BARRIO DEL OLMO, Notaria de Madrid.

Presenta: D. Salvador TORRES RUIZ, Notario de Granada.

Mesa redonda: *Expedientes registrales de jurisdicción voluntaria.*

Participantes: D.^a María del Prado VILLANUEVA CUEVA, Magistrada encargada del Registro Civil de Madrid; D.^a Almudena ZAMORA IPAS, Notaria de Madrid; D. Fernando ACEDO-RICO HENNING, Registrador de la Propiedad.

Modera: D. Salvador TORRES RUIZ, Notario de Granada.

Conferencia: *Novedades sustantivas en materia de estado civil.*

Ponente: D.^a Susana JIMÉNEZ BAUTISTA, Magistrada del Gabinete Técnico de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Presenta: D.^a Alicia SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Magistrada del Registro Civil Exclusivo núm. 1 de Bilbao.

Mesa redonda: *Matrimonio, adopciones y tutelas.*

Participantes: D. Juan Luis LORENZO BRAGADO, Magistrado del Registro Civil Exclusivo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife; D. Fernando RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, Notario de Madrid; D. Juan José PRETEL SERRANO, Registrador de la Propiedad.

Modera: D.^a Alicia SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Magistrada del Registro Civil Exclusivo núm. 1 de Bilbao

Día 15:

Conferencia: *La nueva regulación de la conciliación.*

Ponente: D. Gonzalo AGUILERA ANEGÓN, Decano-Presidente del Colegio de Registradores.

Presenta: D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de España.

Mesa redonda: *Conciliación como medio de resolución extrajudicial de conflictos.*

Participantes: D.^a Olga AHEDO PEÑA, Magistrada de lo Mercantil núm. 2 de Bilbao, D. Fernando RODRÍGUEZ PRIETO, Notario de Coslada (Madrid), D.^a Gema REIG PALMERO, Registradora de la Propiedad.

Modera: D. Juan María DÍAZ FRAILE, Director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de España.

El día 23 de junio de 2016, en la sede de la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, patrocinada por el Colegio de Registradores, tuvo lugar un nuevo SEMINARIO *PROPUESTAS JURÍDICAS PARA FACILITAR LA ACCESIBILIDAD A LA VIVIENDA*.

Ponentes:

Marcos VAQUER CABALLERÍA, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad Carlos III de Madrid; Julio PONCE SOLÉ, Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona, y, Rafael ARNAIZ RAMOS, Registrador de la Propiedad de Barcelona y Profesor Asociado en la Universidad Autónoma de Barcelona.

VALLADOLID

Los días 28 y 29 de abril de 2016 se celebró el CONGRESO *PROMOVIENDO EL ACCESO A LA VIVIENDA* organizado por la Universidad de Valladolid, con la colaboración del Ayuntamiento de Valladolid y Registradores de España.

Dirección: Esther MUÑIZ ESPADA, Catedrática de Derecho Civil.

Inauguración:

Daniel MIGUEL SAN JOSÉ, Rector Magnífico de la Universidad de Valladolid.

Juan Carlos SUÁREZ-QUIÑONES Y FERNÁNDEZ, Excmo. Sr. Consejero de Fomento y Medio Ambiente.

Óscar PUENTE SANTIAGO, Excmo. Sr. Alcalde de Valladolid.

M.^a Teresa DE LA FUENTE ESCUDERO, Excmo. Sra. Decana del Colegio Notarial de Valladolid.

Reyes GÓMEZ DE LIAÑO POLO, Excmo. Sra. Decana del Colegio de Registradores de Castilla y León.

Jesús VERDUGO ALONSO, Excmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados de Valladolid.

Favoreciendo el acceso a la vivienda.

Modera: B. GONZÁLEZ. Profesora de Derecho Civil.

«Problemas actuales de la vivienda y claves para un futuro modelo de mercado hipotecario. Una reforma pendiente», por M. RIVERA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla.

«Nuevas soluciones habitacionales. I», por SOLÍS VILLA, Notario de Madrid.
«Hipotecas, alquileres, y ¿algo más? Una tercera vía nacida de las instituciones civiles», por D. VIGIL, Registrador de la Propiedad.

«Resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la vivienda», por J. PLAZA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia.

Otros problemas del Derecho a la vivienda.

Moderadora: M. J. DEL MORAL, Profesora de Derecho Procesal.

«Los planes de urbanismo en la jurisprudencia civil», por J. A. GARCÍA ULL.
«Sustitución de renta por obras de rehabilitación», R. M.^a GARCÍA-TERUEL, URiV.

«Concepto de vivienda en el Derecho privado». G. CABALLÉ, URiV.

Urbanismo y cohesión territorial.

Moderador: J. CANO. Abogado. Valladolid.

«Problemas actuales de la cohesión territorial. La insuficiencia del urbanismo en una política integral», por A. CANDAU y J. SEGOVIANO, Registradores de la Propiedad.

«Urbanismo sostenible», por G. ALARCIA, Arquitecto.

«Ruralizando las ciudades y urbanizando el medio rural», por M. SARAVIA. Concejalía de Urbanismo, Infraestructuras y Vivienda: R. ROMERO, Concejalía de Servicios sociales, Ayto. de Valladolid.

«Los arrendamientos urbanos españoles en un contexto europeo», por S. NASARRE, Cátedra de Vivienda URiV.

«Tributación de la vivienda. Crítica y reconstrucción» por E. RIVAS. Cátedra de Vivienda URV.

Clausura:

J. GÓMEZ GÁLLIGO, Director DGRN.

«La coordinación entre Registro y Catastro».

Julio CANO, abogado.

M.^a Teresa DE LA FUENTE, Decana Colegio Notarial.

Reyes GÓMEZ DE LIAÑO POLO, Decana Colegio Registradores de Castilla y León.

El día 10 de mayo de 2016 se celebró una JORNADA SOBRE COORDINACIÓN ENTRE CATASTRO, NOTARIADO Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD, organizado por la Dirección General del Catastro, la Dirección General de los Registros y del Notariado, Registradores de Castilla y León y el Colegio Notarial de Castilla y León.

Apertura: D. Luis Antonio GÓMEZ IGLESIAS, Subdelegado del Gobierno en Valladolid.

Ponencias:

«Visión práctica registral de la Ley 13/2015», por D. Jesús CAMY ESCOBAR, Registrador de Granada.

«La intervención notarial con relación a la concordancia entre Registro de la Propiedad, Catastro y realidad física», por D. Rogelio PACIOS YÁÑEZ, Notario de Ponferrada.

«Los servicios de Información del Catastro para la coordinación con el Registro», por D. Pablo PUYAL SANZ, Adjunto a la Directora General del Catastro.

Mesa redonda con la participación de los ponentes.

Clausura de la Jornada:

D.^a Belén NAVARRO HERAS, Directora General del Catastro.

D. Javier GÓMEZ GÁLLIGO, Director General de los Registros y del Notariado.

D.^a María José SALGUEIRO CORTIÑAS, Delegada del Gobierno.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

El deterioro del mercado hipotecario y la necesidad de su reconstrucción. Aportaciones desde el Derecho europeo. Esther MUÑIZ ESPADA, Aranzadi, Navarra, 2016.

por

J. A. COBACHO GÓMEZ

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Murcia

El análisis de la Directiva 2014/17/UE, conocida como Directiva del crédito hipotecario, es el punto de partida para un análisis de la situación actual del mercado hipotecario y plantear una serie de propuestas de *lege ferenda* más allá de las novedades propuestas por el texto europeo para una recuperación del sector hipotecario, que en todo caso requerirían de un complemento más integral en la política de vivienda.

El volumen trae causa de un proyecto de investigación, cuyo grupo viene trabajando desde el año 2004 a propósito del estudio de los diversos modelos de hipoteca en Europa y de la propuesta de una eurohipoteca como medio de armonización del mercado hipotecario europeo, coexistiendo con el resto de hipotecas de cada uno de los Estados miembros, cuya investigadora principal es la autora de esta monografía. Con este trabajo se lleva a cabo un paso más en las propuestas para un sistema hipotecario más eficiente.

La obra consta de once capítulos, partiendo de una descripción actual de los problemas para el acceso a la vivienda a través de la propiedad por medio de un préstamo hipotecario, con la justificación de un equilibrio entre la protección de deudor, de los intereses del acreedor hipotecario y del propio sistema o circuito económico; para pasar revisión a los aportaciones que representa esta Directiva en el contexto del marco regulatorio europeo en la protección del consumidor en el acceso a la vivienda y en el ámbito de plan de acción de las actuaciones anunciadas a finales de los años 90 a favor de la transparencia de los servicios financieros en el préstamos hipotecario, cuya recomendación data más precisamente del año 2001 con el Acuerdo Europeo del Código de Conducta Voluntario sobre información precontractual para créditos a la vivienda, explicando las consecuencias de todo este proceso y los actuales retos para la adecuación del sistema.

Se analiza posteriormente el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva y sus limitaciones para proponer un planteamiento más amplio de cara a su transposición, así mismo respecto del elemento subjetivo, destacando las contradicciones de la normativa europea y el planteamiento que tendría que tomarse en cuenta para una futura reforma. Los derechos de información, respecto de los cuales hace un excesivo despliegue la Directiva, se analizan ampliamente en relación a las disposiciones generales aplicables en materia de publicidad y comercialización, de información precontractual, condiciones de aplicaciones

adecuadas y otras exigencias tratadas en contraste con los innumerables recursos planteados así en relación con las cláusulas abusivas y otras prácticas abusivas o irregulares, ante lo cual se propone una diversa visión para hacer realmente efectivas estas reglas, ya similares en la normativa española, aunque entre nosotros tampoco hayan servido realmente, por lo que se incide en el modo de hacer efectivo su cumplimiento y exigibilidad. No sólo se tienen en cuenta las exigencias y pautas de conducta en la actividad hipotecaria del prestamista, sino también del prestatario o sus implicaciones, pues en el equilibrio también tiene que hacerse responsable el propio prestatario, analizando la obligación de la política de educación adicional a favor de los consumidores, destacando la finalidad engañosa de esta medida.

De manera especial se abordan los límites que hay que tener en cuenta en la concesión del crédito, haciendo una crítica de la novedad en este aspecto introducida por la Directiva, respecto de la cual la mayoría de los Estados miembros harán una interpretación a la medida para no transponerla con el rigor previsto, analizando extensamente los requisitos de la solvencia, en un contexto más amplio del problema y la falta de un régimen coherente y completo del sobreendeudamiento.

Un diverso sentido se da al nuevo papel de la mediación en el crédito hipotecario, por lo que se aborda la forma de hacer su transposición o lo que implicaría para el legislador español, así como en general a la resolución alternativa de conflictos, por la que apuesta decididamente esta Directiva como medio para evitar en lo posible los procedimientos de ejecución hipotecaria, destacando, por tanto, las opciones a una ejecución hipotecaria, pues la Directiva incide en la preferencia por las alternativas a la ejecución hipotecaria, pero metidos de lleno en este proceso se destacan en la obra las deficiencias aún en el procedimiento hipotecario de cara al deudor hipotecario, pero percatándose de las dificultades para el acreedor hipotecario; finalizando el estudio con una serie de consideraciones conclusivas. De manera que la obra representa un estudio muy sugerente y completo no sólo sobre la mencionada Directiva y su transposición, sino para una reconstrucción más coherente y eficiente del mercado hipotecario, apoyado con el estudio y cita de la jurisprudencia nacional y europea más reciente y que ha determinado importantes cambios en nuestro sistema jurídico, con una amplísima y actualizada bibliografía nacional y extranjera.

Acceso a la vivienda y contratación. M.^a Ángeles PARRA LUCÁN (dir.), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, 815 pp. ISBN: 978-84-9086-487-6
por

SARA ZUBERO QUINTANILLA
*Doctora en Derecho. Universidad de Zaragoza
Departamento de Derecho Privado. Derecho Civil*

La presente obra colectiva, dirigida por la Doctora M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, ha sido elaborada en el seno del Proyecto de investigación I+D+i denominado «Formación del contrato: desde la negociación del contrato» (DER 2011-23056, Ministerio de Ciencia e Innovación), desarrollado en la Universidad de Zaragoza. El libro tiene por objeto abordar los problemas relacionados con la

contratación en el ámbito inmobiliario, especialmente respecto a la adquisición de viviendas. En él intervienen profesionales universitarios y otros profesionales del Derecho a fin de exponer planteamientos para una mejor aplicación de las normas y dar respuesta a las lagunas legales emergentes en esta materia, tanto en nuestra legislación como en la de otros países europeos. Motivo este último que justifica la división del libro en dos partes dedicadas al derecho comparado en primer lugar y al derecho español en segundo término, siendo esta más extensa que la primera.

El derecho a una vivienda digna está constitucionalmente reconocido y puede materializarse en el acceso a la misma. En torno a la vivienda existen diversos elementos que pueden ser estudiados desde varios campos específicos del derecho, como el administrativo o el tributario, primando en este libro la perspectiva contractualista, civil y de consumo. En este sentido se busca revisar la eficacia de nuestras normas que adolecen de ser parcas respecto a la formación y perfección del contrato. El derecho privado es por excelencia el marco regulador de la adquisición de la propiedad y su arrendamiento. En este tipo específico de contratos priman las relaciones entre particulares y ha de tenerse presente la mayor protección de la parte más desinformada de la relación contractual, en especial en los contratos que tienen lugar entre empresarios con consumidores. El objetivo fundamental que se pretende es conseguir garantizar la seguridad jurídica en las gestiones que tienen lugar en el contexto de este tipo de contratos.

De acuerdo con la estructura que sigue el libro, en la parte dedicada al derecho comparado intervienen, por orden de aparición en los capítulos, los autores Giuseppe GRISI, Nicolas BERNARD, Adrien TEHRANI y María Raquel GUIMARÃES. Ellos se ocupan de tratar cuestiones relacionadas con el acceso a la vivienda y contratación en las legislaciones italiana, belga, francesa y portuguesa respectivamente. En lo que a este apartado se refiere es preciso remarcar que cada capítulo está redactado en la lengua materna de su autor:

En el primer capítulo de esta parte, que lleva por título «La venta de vivienda en Italia», el profesor GRISI trata, principalmente, la regulación del ordenamiento italiano en materia de compraventa de bienes inmuebles. Ello por tratarse del contrato típico para adquirir una vivienda. El autor presta una especial atención a las peculiaridades existentes en estos contratos respecto a la normativa de consumo, y concluye con una referencia a las normas destinadas a hacer viable la adquisición de la primera vivienda.

En el segundo, el profesor BERNARD, bajo el título «Las normas que rigen el alquiler de alojamientos en Bélgica (la salud, la planificación urbana y eficiencia energética) y su impacto en el contrato de arrendamiento», presenta de forma clara y ordenada en tres bloques principales, a los que entre paréntesis hace referencia en el título, la regulación belga respecto a dichas materias al objeto de describir y analizar el impacto que tiene su violación sobre la validez del contrato de arrendamiento.

En el tercer capítulo, dedicado a «La condición del préstamo en el derecho francés y la protección de los no compradores no profesionales de bienes inmuebles», el Dr. Adrien TEHRANI se centra en el estudio de las disposiciones del Código de consumo francés relativas a los préstamos para que el adquirente de un bien inmueble pueda financiar la operación. A tales efectos, cuando el comprador pretende utilizar un préstamo para financiar una transacción inmobiliaria, el Código de consumo establece que el contrato principal, que sirve de soporte a la operación, se concluye bajo la condición suspensiva de la obtención del préstamo. No obstante, la condición suspensiva de préstamo prevista en el

Código de consumo no es aplicable a todo tipo de operaciones inmobiliarias financiadas por un crédito. Dicho mecanismo solo está al servicio del beneficio de ciertas personas, por ello tiene límites en razón de la materia y de la persona.

Finalmente, la profesora GUIMARÃES se ocupa, en el último capítulo de la parte dedicada al derecho comparado, de la «Formación del contrato, autonomía privada y acceso a la vivienda: algunos aspectos del sistema de compraventa, arrendamiento y contrato de obra en el derecho portugués». En él constata el derecho a la vivienda como fundamental al ser constitucionalmente reconocido. La autora analiza los problemas precontractuales existentes en este tipo específico de contratos, y pone de relieve el conflicto entre la exigencia de garantizar la seguridad y estabilidad de este derecho de acceso a una vivienda con el reconocimiento del valor que se otorga a la autonomía de la voluntad de partes intervinientes en el contrato.

La segunda parte del libro, dedicada al derecho español, se compone, en orden de intervención, de los trabajos realizados por los doctores María Ángeles PARRA LUCÁN, Francisco José INFANTE RUIZ, José Luis ARGUDO PERIZ, Carlos LALANA DEL CASTILLO, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, Helena DíEZ GARCÍA, Silvia GASPAS LERA, Ana DÍAZ MARTÍNEZ, Marta SALANOVA VILLANUEVA, Isaac TENA PIAZUELO, Aurelio BARRIO GALLARDO, Miguel LACRUZ MANTECÓN, Inmaculada LLORENTE SAN SEGUNDO, Juan ARPIO SANTACRUZ y Joaquín ÁLVAREZ MARTÍNEZ.

La profesora PARRA LUCÁN se ocupa, en el primer capítulo de esta parte, de la contratación y la vivienda en la crisis económica. En su primer epígrafe explica cómo las políticas públicas en materia de vivienda han fomentado la adquisición de la propiedad, incluso antes de estar constitucionalmente reconocido el derecho a disfrutar de una vivienda digna, al ser la vivienda un bien de primera necesidad. Sin embargo, dicho bien también se ha convertido en objeto de especulación. Con la crisis sobrevenida en el sector inmobiliario disminuye la contratación en este ámbito y surgen problemas en la financiación de las adquisiciones mediante préstamos inmobiliarios. El endeudamiento de los compradores hace necesaria una revisión del principio de responsabilidad patrimonial. Como pone de relieve la autora, en el segundo epígrafe de su trabajo, el legislador español ha de prevenir el sobreendeudamiento mediante la ampliación de las exigencias de información precontractual y la exigencia de la evaluación de la solvencia del cliente, desarrollando el concepto de crédito responsable. El último punto de su exposición lo dedica a la nueva ley de arrendamientos urbanos y si puede considerarse una alternativa al modelo de propiedad-hipoteca.

En segundo lugar, el profesor INFANTE RUIZ analiza la promoción publicitaria y la contratación inmobiliaria. El contenido de las declaraciones publicitarias enviadas al público por los empresarios puede ser exigido por sus receptores, siempre que cumplan todos los requisitos para ser consideradas ofertas contractuales o cuando una declaración precontractual suficientemente precisa sea capaz de generar expectativas en los consumidores. Afirmación esta última que prevé el TRLGDCU de nuestro ordenamiento en su artículo 61. El resto de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como el inglés o el alemán, no poseen una regulación tan explícita sobre la materia, sino que prevén la integración publicitaria mediante el principio de conformidad por transposición de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Por el contrario, en los principios y textos armonizadores, como los PECL, el DCFR o el CESL, se reconoce el valor de las declaraciones previas al contrato como parte

integrante del mismo, con independencia de la condición de las partes contratantes. No obstante, el principio de integración publicitaria también está sujeto a una serie de límites, como el desconocimiento de la inexactitud del contenido de la publicidad por parte del empresario contratante o la falta de influencia de la declaración publicitaria en el contratante o consumidor. Límites que en los principios y textos armonizadores pueden ser aplicables a diferentes tipos de contratos, mientras que en nuestra legislación, el artículo 116 del TRLGDCU solo los prevé en el caso de compraventa de bienes muebles. Por ello el autor expone su opinión acerca de la aplicación analógica de lo dispuesto en el precepto anterior a todo tipo de contratos. Por último es de destacar el análisis jurisprudencial que lleva a cabo el autor a fin de agrupar las resoluciones de los tribunales en función de los argumentos empleados por ellos para afirmar o rechazar la eficacia vinculante de la publicidad para su emisor.

En el tercer capítulo, que lleva por título «La intermediación inmobiliaria y el acceso a la vivienda», el profesor ARGUDO expone la complejidad de los negocios jurídicos necesarios para el acceso a la vivienda, siendo necesaria una información detallada y un asesoramiento adecuado para que los futuros compradores puedan tomar una decisión de compra. A tal fin, los profesionales y empresas de intermediación inmobiliaria pueden aportar ventajas a todos aquellos que soliciten sus servicios, al permitirles realizar operaciones jurídicas complejas facilitando las gestiones mediante los servicios de un tercero que recibe el nombre de corredor o mediador. Contrato de mediación o corretaje que pese a ser de naturaleza atípica guarda cierta afinidad con otros contratos de colaboración como el mandato, la comisión mercantil, el arrendamiento de obras y servicios o los contratos de agencia.

El profesor Carlos LALANA DEL CASTILLO habla del precontrato, y sus diferencias con el contrato sujeto a condición, así como de la opción de compra inmobiliaria. Para distinguir estos tipos de contratos y determinar sus efectos es esencial la voluntad negocial de los contratantes. Además, el autor también analiza los efectos de los distintos tipos de arras que suelen entregarse en la práctica a la firma del documento privado.

En el capítulo que sigue, titulado cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO se refiere a las condiciones generales predeterminadas en este tipo de contratos en relación con lo dispuesto en el TRLGDCU, que si bien ni refunde ni armoniza la regulación inmobiliaria, especifica como abusivas una serie de cláusulas por carecer de los requisitos de accesibilidad y legalidad, y no responder a los principios de buena fe y justo equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes. Concluye exponiendo las consecuencias de la nulidad de dichas cláusulas, afirmando la parcial nulidad del contrato en el que se incluyan. La autora distingue los supuestos de cláusulas contrarias al estándar de buena fe, donde cabe la integración por el juez conforme al artículo 1258 del Código Civil, de los supuestos de cláusulas que excluyen la aplicación de normas legales imperativas, donde el consumidor puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que se tratarán de eludir. Este trabajo refleja cómo el TSJUE ha variado el contenido de la regla anterior, ya que las cláusulas abusivas ya no se integran ni se sustituyen, sino que se eliminan. No obstante, la autora matiza esta solución al considerar que podrían mantenerse siempre que el consumidor se beneficie de ellas.

La profesora DÍEZ GARCÍA, tras referirse a la pluralidad de fuentes reguladoras de la financiación hipotecaria a consumidores, destaca el incremento de normas destinadas a corregir los déficits observados en la formación de la voluntad

contractual a fin de combatir los denominados préstamos abusivos y favorecer, mediante una adecuada información precontractual, la concesión de créditos responsables. El trabajo destaca el carácter imperativo de estas normas si bien su incumplimiento o cumplimiento irregular no provoca la invalidez del contrato, salvo que exista un vicio del consentimiento. La autora destaca que no solo hay vinculación entre deberes de información y transparencia sino que también hay relación entre transparencia y equilibrio contractual medido con parámetros del principio de la buena fe. La obligación imperativa a notarios y registradores de no autorizar ni inscribir cláusulas abusivas contenidas en préstamos o créditos con garantía hipotecaria se configura como un deber profesional de información al consumidor. Concluye su estudio tratando la tutela judicial del consumidor de crédito hipotecario ante cláusulas abusivas no transparentes, así como las consecuencias que pueden derivarse de las recientes sentencias del TJUE si bien en el marco de la nueva economía sostenible tras la crisis económica sufrida.

En el siguiente capítulo, Silvia GASPAS se ocupa de las «Claves en el proceso de formación del contrato de solar a cambio de vivienda futura. Intención de las partes y suficiente determinación de las pretensiones». Este estudio parte de que esta cesión constituye un medio de acceso a la vivienda de innegable protagonismo en la contratación inmobiliaria y que puede articularse a través de una pluralidad de tipos contractuales. La autora se centra en los problemas específicos de este contrato en aspectos relativos a su perfección, contenido y momento del traspaso dominical. También trata la protección de los intereses del cedente durante la fase de edificación con especial referencia a la tradición y al registro. Por último, hace referencia a las vías de las que dispone el cedente para conseguir constancia de su derecho sobre la futura vivienda en el Registro de la propiedad.

Ana DÍAZ MARTÍNEZ dedica su capítulo a la formación del contrato de obra. En primer lugar, se plantea la posibilidad de configurar este contrato como un contrato de consumo cuando el comitente no pretende dar a la vivienda un uso vinculado a actividad profesional, sino al personal de vivienda. Ello pese a que nuestra jurisprudencia se ha mostrado reacia a esta consideración de consumidor. En segundo lugar, se estudian las etapas en la contratación de viviendas para uso propio apreciando en la fase de preparación diferencias en función de la condición de los contratantes, bien sean ambos profesionales del ámbito inmobiliario (promotora y constructora) o bien de un particular o una comunidad que contrata con una empresa. También se destaca que en estos contratos, y a diferencia de los de edificación, no suele haber publicidad. En tercer lugar, se tratan otros contratos vinculados al de edificación que se configuran como contratos de obra que se formalizan con distintos contratistas. Destaca la figura del profesional arquitecto y del contrato de arquitectura por la interdependencia que tiene con el contrato de edificación, sin perjuicio de la autonomía que se le reconoce. Finalmente se alude al papel que en la integración del contrato de edificación tiene el proyecto, así como el código técnico de la edificación.

A continuación la profesora SALANOVA estudia la formación del contrato de arrendamiento de vivienda, destacando que las normas que lo han regulado se han centrado en el contenido del contrato y no han tratado la formación del mismo. A partir de la anterior afirmación, la autora desarrolla los elementos que en la actualidad intervienen en la formación de este contrato específico donde la intervención de la figura del mediador o gestor adquiere especial relevancia. Además, en el trabajo se presta una especial atención a los contratos celebrados en el ámbito de consumo al ser necesaria una mayor protección

de los mismos en las relaciones negociales cuando concurra la intervención de profesionales.

Por su parte, el profesor TENA bajo el título «Compraventa y arrendamiento de viviendas de protección oficial y autonomía de la voluntad», dedica su trabajo a este tipo específico de contratos dada la especialidad que revisten. Las administraciones impulsan y financian la adquisición de VPO para que puedan acceder a ellas determinados colectivos de personas en condiciones económicas ventajosas. Pese a que guarden unos presupuestos comunes con el régimen jurídico aplicable a los contratos de compraventa o arrendamiento de vivienda, tienen una serie de límites más marcados, como los que respecta a la autonomía de la voluntad de las partes.

En el siguiente capítulo, dedicado a «la relevancia de la forma y la publicidad registral en el contrato de compraventa de vivienda», Aurelio BARRIO GALLARDO divide su trabajo en dos partes, la primera dedicada a las consideraciones generales relativas a la forma en el contrato de compraventa y la segunda a las consideraciones relativas al interés que reporta acudir a la forma pública notarial. Este estudio profundiza en la facultad que a las partes les asiste respecto a la eficacia de los contratos en virtud de la autonomía de la voluntad. Concluye remarcando el valor protector que para la adquisición del comprador supone la inscripción en el Registro de la propiedad.

El profesor Miguel LACRUZ expone en su trabajo, sobre la negociación y perfección de contratos de seguros y acceso a la vivienda, las particularidades de este tipo de contratos regulado por la Ley de Contrato de Seguro. Contrato que en relación con la adquisición de una vivienda tiene especial relevancia en relación con los préstamos hipotecarios.

A continuación, la profesora LLORENTE centra el objeto de su estudio en las llamadas sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario haciendo una comparación de las mismas con otros instrumentos de inversión colectiva. El trabajo aborda la configuración de estas sociedades tras la reforma de su ley reguladora por la Ley 16/2012 de medidas tributarias dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y al impulso de la actividad económica. La autora analiza la actividad desarrollada por estas sociedades en el mercado inmobiliario y concluye con un estudio específico de la explotación en régimen de alquiler del patrimonio inmobiliario de dichas sociedades, centrándose principalmente en las partes del contrato: las SOCIMI, como arrendadoras, y el arrendatario, con las posibilidades de auto contratación en favor de los socios de aquella.

Finalmente, los dos últimos capítulos del libro llevan por título «la venta de terrenos por las autoridades públicas para la construcción de viviendas sociales y el régimen de la UE sobre las ayudas del Estado» y «la tributación de los contratos de compraventa y arrendamiento de vivienda», escritos respectivamente por los profesores ARPIO SANTACRUZ y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, dan una visión de la materia desde la perspectiva del derecho mercantil y del derecho financiero. El primero de ellos se centra en las medidas que han de ser llevadas a cabo por los poderes públicos a fin de crear condiciones para que las empresas ofrezcan viviendas en términos asequibles para los ciudadanos. Medidas que como indica el autor han de ser compatibles con el principio de una economía social de mercado altamente competitiva y con las disposiciones nacionales y europeas que lo desarrollan. En consecuencia, es preciso un control de las ayudas para evitar las distorsiones de la competencia, tal como prevén los artículos 107 a 109 del TFUE. Por su parte, el profesor ÁLVAREZ hace un examen de la fiscalidad aplicable al conjunto de operaciones negociales susceptibles de llevarse a cabo

en torno a la vivienda, tanto en su adquisición como en su arrendamiento, y ello distinguiendo entre la posición directa e indirecta.

Del análisis que antecede se puede comprobar que nos encontramos ante una obra muy completa que aporta al lector planteamientos de los problemas más relevantes a los que nos enfrentamos al aplicar las normas, con respecto a la formación del contrato en el ámbito de la contratación inmobiliaria, así como propuestas y soluciones que pretenden ayudar a la mejora del desarrollo legislativo futuro.

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



9 770210 044002